**AGUAS / CAUCE ARTIFICIAL / DERECHO DE PROPIEDAD / BIEN DE USO PUBLICO / PERMISO / CARGA PROBATORIA**

El segundo de los supuestos de hecho que consagra el citado artículo 895 del Código Civil para que sus disposiciones resulten aplicables al asunto controvertido, la Sala encuentra que este campo aparece demostrado en el proceso, toda vez que si la legislación de indias sobre aguas determinaba que ellas son bienes comunes que deben ser repartidas en beneficio de la comunidad y que su uso por los particulares estaba supeditado a una merced o permiso de corona española, a la parte actora correspondía haber probado fehacientemente tal circunstancia.

**AGUAS / BIEN DE USO PUBLICO - Inalienable / BIEN DE USO PUBLICO - Imprescriptible / DERECHO DE PROPIEDAD - Improcedencia**

La Sala considera que con base en el artículo 762 del C.C. no es posible derivar propiedad alguna sobre las aguas que discurren por la mencionada acequia, que es lo que en esencia se discute en el proceso y no la propiedad de su cauce, pues al no haberse siquiera puesto en tela de juicio por la actora que el río Subachoque es y ha sido una fuente de uso público, de ello resulta incuestionable que sus aguas, de las que se alimenta la toma de San Patricio, constituyen una res communis sobre las cuales a nadie le es posible adquirir derechos absolutos de dominio ni alegar prescripciones en su favor ni fundar derechos derivados de su posesión debido a su condición de inalienables, vale decir, de bienes sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada.

**CONCESION DE AGUAS / SERVIDUMBRE DE ALCANTARILLADO - Inexistencia / CODIGO DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y DE**

**PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE - Aplicación / JUSTICIA ORDINARIA / COMPETENCIA**

Discute la recurrente que la legalidad de los actos acusados también se deriva de que las concesiones de agua por ellos otorgadas impusieron servidumbres sobre el cauce de la acequia Toma de San Patricio, de propiedad de los comuneros. Para la Sala resulta innegable que este cargo adolece a toda vocación de prosperidad, no solo por las razones que se consignaron en el ordinal 1 de este acápite, sino por cuanto basta la simple lectura de la parte resolutiva de los actos cuya declaratoria de nulidad se solicita para concluir que ellos no impusieron o constituyeron servidumbre alguna sobre el mencionado cauce y sobre las propiedades por las cuales habría de conducirse las aguas, objeto de concesión, toda vez que en sus artículos séptimo y octavo se consagra expresamente que "Las controversias que se susciten con motivo de la constitución o ejercicio de servidumbres, serán resueltas por la justicia ordinaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 117 del Código de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

Santafé de Bogotá, D. C., diez de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro

(1994)

**Radicación número: 2534**

**Actor: COMUNIDAD TOMA DE SAN PATRICIO Y LUIS ESCALLON CAICEDO**

**Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA SABANA DE BOGOTA Y DE LOS VALLES DE UBATE Y CHIQUINQUIRA Y CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LAS CUENCAS DE LOS RIOS BOGOTA, UBATE Y SUAREZ**

**Referencia: RECURSO DE APELACION**

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Comunidad Toma de San Patricio contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 25 de marzo de 1993.

**I. - ANTECEDENTES**

a. - **El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.**

La Comunidad Toma de San Patricio y el ciudadano Luis Escallón Caycedo, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las resoluciones Nos. 02626 del 26 de octubre de 1977, 2496 y 3012 del 12 de julio y 21 de diciembre de 1983, respectivamente, y 04111 del 14 de septiembre de 1982, expedidas por la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, así como de la resolución No. 2211 del 13 de agosto de 1984, emanada de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, y solicitaron que como consecuencia de dicha declaratoria se condene a la CAR a pagar a la comunidad denominada Toma de San Patricio la suma de $13.766.990,20 o la suma que resulte pericialmente comprobada dentro del plenario, y las sumas que se causen hasta la fecha de la sentencia, de igual manera solicitaron se ordene a la demandada abstenerse de otorgar concesiones derivadas de la acequia San Patricio, sin que previamente se tramite juicio de expropiación o imposición de la respectiva servidumbre de acueducto para la conducción de aguas; por último, solicita que el Director Ejecutivo de la CAR sea responsabilizado por los daños causados, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 del C.C.A.

b. - **Los actos acusados**

Ellos son los siguientes:

1o. - La resolución No. 02626 del 26 de octubre de 1977, por medio de la cual se otorgó con destino a las necesidades domésticas y agropecuarias del predio El Cedro, una concesión de agua de dos (2) lts. / seg., para ser derivados de la acequia San Patricio.

2o. La resolución No. 2496 del 12 de julio de 1983, mediante la cual se otorgó a la Sociedad Agropecuaria Marsella Forero y Cía. S. en C., una concesión de agua de 6.5 lts. / seg., para derivarla de la acequia San Patricio, con destino a los usos domésticos, de abrevaderos y regadío de la finca Marsella.

3o. La resolución No. 3012 del 21 de diciembre de 1983, por medio de la cual se otorgó a la sociedad citada en el numeral anterior, una concesión de agua de 4.1 lts. / seg. para el predio Marsella y para derivarla de la acequia San Patricio.

4o. La resolución No. 04111 del 14 de septiembre de 1982, mediante la cual se otorgó una concesión de aguas de 0.40 lts. / seg. de la acequia San Patricio a la Sociedad Rodríguez Izquierdo y Cía. Ltda., con destino a satisfacer las necesidades domésticas y de abrevaderos del predio El Bosque.

5o. La resolución No. 2211 del 13 de agosto de 1984, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Comunidad Toma de San Patricio contra las resoluciones anteriormente citadas, no revocándolas.

c. - **Los hechos de las** **demandas**

Los hechos más relevantes que citan los actores como fundamento de sus pretensiones son los siguientes (fls. 3 a 6 Cdno. Ppal. y 4 a 8 del Cdno. No. 2):

"4. - La toma o canal, conocido con el nombre de San Patricio deriva sus aguas, en cantidad que fluctúa entre sesenta y ciento veinte litros por segundo del río Subachoque por un cauce artificial que atraviesa varios predios sobre los cuales se encuentra constituida servidumbre de acueducto en favor de los predios de los comuneros propietarios del canal y que se sirven de las aguas que por él discurren con destino al consumo humano de los habitantes del Municipio de Funza y la comunidad "El Cortijo" para bebederos de ganado, cultivos agrícolas y usos industriales.

"5. - La servidumbre de acueducto se encuentra establecida de hecho y de derecho desde cuando fue construida por el Marqués de San Jorge como consta en documentos contemporáneos a la existencia de este personaje quien, además, la construyó a expensa suya la mantuvo y la disputó junto con sus aguas en juicio contencioso civil tramitado contra la Municipalidad de Funza a quien el Marqués le donó la tercera parte a cambio de una dispensa matrimonial, donación que fue revocada por la Santa Sede, hecho que originó el pleito de marras que tuvo su culminación a favor del Municipio de Funza quien desde entonces es propietario de derechos equivalentes a la tercera parte de las aguas y del cauce de la mencionada acequia.

"6. - La posesión material de la servidumbre y de las aguas es un hecho aparente y susceptible de ser apreciado por los sentidos lo mismo que la antigüedad de las obras de captación, conducción y control de las que discurren por su cauce, así como también puede percibirse el buen uso económico que se le está dando a tales aguas que en la actualidad están distribuidas de la siguiente forma, con las respectivas obras de arte para limitar el caudal de acuerdo con la costumbre antigua que fue ratificada por sentencia de carácter policivo dictada por la Gobernación de Cundinamarca con fecha 23 de septiembre de 1940:

"PROPIETARIOS %

Funza 33.00

La Esmeralda 22.98

La Elida 16.29

Santa Helena 8.20

La Soledad 7.65

El Cortijo 7.65

Boyero 0.11

Pérdidas en el Canal 4.12

T 0 T A L 100.00

"7. - La Toma de San Patricio fue construida para conducir aguas con destino a un molino de trigo ubicado dentro de la hacienda "El Novillero" que fue de propiedad del Marqués de San Jorge cuyas tierras han venido subdividiéndose a través de los tiempos hasta conformar la comunidad actual según lo dejamosestablecido en el punto anterior y el empleo de las aguas en la forma indicada no ha sido cuestionado por los propietarios de los predios sirvientes salvo por la CAR quien otorgó las concesiones atacadas sin conocimiento de causa.

"8. - Según lo anterior la Corporación Autónoma CAR, al otorgar las concesiones cuya nulidad hemos solicitado alteró y disminuyó el caudal de las aguas que estaban recibiendo el Municipio de Funza y los demás propietarios comuneros sin consultar la situación de hecho y de derecho que los favorecen es decir, que actuó sin conocimiento de causa como lo previenen las disposiciones legales que habremos de citar más adelante, circunstancia que produjo daños y perjuicios a los comuneros que tienen derecho al uso del canal y de las aguas por haberlo obtenido no solamente con titulaciones sino por la posesión material y explotación del cauce y de las aguas.

"9. - La situación de hecho y de derecho indica que las propiedades y los habitantes que se están sirviendo de las aguas que discurren por la Toma de San Patricio tienen a su favor una servidumbre que forma parte integrante de los predios que se están sirviendo de la servidumbre y por tanto ninguna entidad administrativa tiene derecho a permitir el uso del canal ni a alterar el volumen de sus aguas sin que previamente se haya tramitado el respectivo juicio de expropiación conforme a las disposiciones legales.

"10. - Como para el otorgamiento de las citadas resoluciones no se ordenó previamente la práctica de una inspección ocular, no hubo oportunidad de que los propietarios hicieran valer sus derechos en la debida ocasión; de suerte que la oposición solamente pudo efectuarse a través de un simple recurso de reposición y cuando ya se había creado una situación de derecho viciada de nulidad y que la CAR confirmó atropellando las más elementales normas de derecho.

"11. - La CAR incurrió en la parte motiva de la resolución confirmatoria en falsedades y en exabruptos tales como la de sostener la inexistencia de derechos adquiridos en relación con el cauce y las aguas de la Toma de San Patricio, o sea, que hubo falsa motivación en el contenido de la misma.

"12. - En igual forma desconoció la personería del Administrador de la Comunidad".

d. - **Las normas presuntamente violadas y** **el concepto de violación**

Se hace notar que a pesar de que en las demandas que dieron origen a los procesos se invoca el quebrantamiento de innumerables disposiciones superiores, en el correspondiente acápite de los libelos solo se explica el concepto de violación de algunas de ellas, pues respecto de las demás únicamente se alude a sus mandatos para indicar o reforzar el desconocimiento de las primeras. Por tal razón, la Sala considera que los cargos que en concreto se formulan en contra de los actos acusados son los siguientes (fls. 6 a 14 Cdno Ppal. y 9 a 20 Cdno. No. 2):

**Primer cargo. -** Violación de los artículos 16 Y 30 de la Constitución Política de 1886, toda vez que en la actual legislación el constructor de acequias por el sólo hecho de haberlas ejecutado a sus expensas, adquiere el derecho a que ninguna otra persona pueda servirse de las aguas conducidas por el cauce que constituye la servidumbre, y siendo la servidumbre de acueducto un derecho real que debe ser respetado en su ejercicio por todo el mundo, incluyendo al Estado quien no puede interferir a su acomodo los derechos que los particulares adquieren junto con la servidumbre (art. 665 C.C.), la CAR como entidad pública debía asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, y respetar los derechos adquiridos con justo título, como lo son la propiedad del cauce y de las aguas que discurren por la Toma de San Patricio”, ..... así como también la existencia de la servidumbre, incluso desde el punto de vista de la presunción legal, según la cual, todo predio atravesado por un acueducto se presume gravado con la servidumbre del mismo nombre, como lo dice el artículo 762 del Código Civil y 9o. de la Ley 95 de 1890, en concordancia con el Decreto 1382 de 1940 y 128 del Decreto 1541 de 1978".

**Segundo cargo. -** No se respetaron los derechos adquiridos conforme a lo establecido en el artículo 895 del Código Civil, el cual permanece vigente y cuyo texto es el siguiente:

"Las aguas que corren por un cauce artificial, construido a expensa Arena pertenecen exclusivamente al que, con los requisitos legales, haya construido el cauce".

**Tercer cargo. -** Desconocimiento del artículo 7o. del Decreto 1381 de 1940, por cuanto señala que las licencias, mercedes, concesiones o permisos relativos a las aguas las concederá el Gobierno con conocimiento de causa, determinando las condiciones y obligaciones a cargo de los permisionarios.

**Cuarto cargo. -** Violación de los artículos 8o., 21 y 23 del Decreto 1382 de 1940.

Los dos primeros, ya que la CAR no tenía facultad para otorgar concesiones de un acueducto de propiedad privada, y el tercero, porque prescribe que en el acta de inspección ocular se hará constar "si entre el punto de derivación y el de restitución de las aguas sobrantes a la corriente principal, existen propiedades riberanas que pueden perjudicarse con la derivación en proyecto"; "si entre los mismos puntos hay poblaciones que se sirven de las aguas del mismo río, corriente, etc., para los menesteres domésticos de sus habitantes y que puedan perjudicarse con la derivación" y "si la bocatoma o el canal de conducción van a ocupar terrenos que no sean del mismo dueño del predio que se beneficiará con el agua, debe dejarse constancia de las causas que impiden hacer la derivación dentro del predio del solicitante o de fuente distinta de aquella a la cual se contrae la solicitud", cuestiones de las que no se dejo constancia en ninguna de las resoluciones acusadas. Además, por cuanto al no hacerse el examen sobre las posibilidades de otorgamiento de cualquiera de las concesiones cuya nulidad se pretende, la CAR no pudo percatarse del enorme perjuicio que causó y sigue causando a los comuneros de la "Toma de San Patricio", que no solamente consumen la totalidad del volumen de aguas que discurre por el canal, sino que les queda faltando mucho, especialmente en época de estiaje, para subvenir las necesidades de la población de Funza, la que elevó una protesta ante la entidad demandada porque durante varios días sus habitantes quedaron sin agua para el servicio doméstico.

**Quinto cargo**. - La CAR otorgó por medio de las resoluciones impugnadas cuatro concesiones, expresando claramente que las aguas concedidas deberían tomarse de la acequia de San Patricio, por lo que desconoció el artículo 89 del Código de Recursos Naturales Renovables (Decreto 2811 de 1974) y las disposiciones que contiene el Código Civil sobre el derecho de servidumbres, sobre las limitaciones que tiene el Gobierno para otorgar concesiones de aguas de uso público y, para abstenerse de hacerlo cuando se trata de aguas que están siendo conducidas por un cauce artificial.

**Sexto cargo. -** En la resolución No. 2211 de 1984 la CAR desconoció personería al administrador de la Comunidad "Toma de San Patricio", aludiendo que las normas de la Ley 95 de 1890 se encuentran derogadas, (cuando dicha ley fue dictada para las comunidades como la citada y sigue vigente), confundiendo así el cuasicontrato de la comunidad (en el cual no hay acuerdo de voluntades), con las asociaciones y empresas (las que sí requieren de tal acuerdo). En consecuencia, la comunidad es un hecho que se presenta sin que intervenga la voluntad del hombre, que es lo que se entiende de la lectura del artículo 2322 del Código Civil.

e. - **Las razones de la defensa**

Las demandas fueron notificadas a la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez; al propietario del predio denominado "El Cedro"; al gerente de la Sociedad Agropecuaria Marsella y Cía. S. en C., propietaria del predio "Marsella" y al gerente de la Sociedad Rodríguez Izquierdo y Cía. Ltda., propietaria del predio "El Bosque".

La CAR en la contestación de la demanda dentro del proceso No. 2100 y en su alegato de conclusión dentro de los procesos acumulados expresa que el carácter comunal que desde el antiguo derecho español han tenido la aguas en sus diversas formas, no se pierde con el descubrimiento del nuevo mundo, sino que se refuerza en la Legislación de Indias, donde se consagró el criterio de que las aguas son bienes comunes que deben repartirse en beneficio de la colectividad. El verdadero dueño de las aguas era el Estado español, quien reglamentó su uso, no estableciendo en favor de los españoles ni de los indios derechos a perpetuidad o propiedad absoluta sobre las aguas. Lo anterior subsiste hoy, plasmado en las leyes, pues ciertos bienes por sus características comunales sólo pueden salir de la esfera de la administración para permitir su uso a los particulares.

Respecto de las mercedes concedidas, se tiene que éstas son derechos precarios referidos sólo al uso de las aguas en forma temporal, pues la legislación colonial estableció que la corona española no podía constituir derechos a perpetuidad sobre las aguas.

Enlo que tiene que ver con los derechos adquiridos, la entidad demandada aduce que en la demanda no hay claridad acerca de si éstos tienen su origen en las leyes españolas que regían para la época de la Colonia, o si surgen en la República ya constituida.

En el artículo 30 de la anterior Constitución se advierte que la propiedad privada carece del carácter absoluto que en otras épocas se le atribuyó, ya que se encuentra subordinada al interés público o colectivo. En tratándose de las aguas que son un bien de uso público, no pueden aplicarse los conceptos de propiedad privada y de derechos adquiridos y mucho menos exigirse indemnizaciones por supuestas violaciones a tales "derechos".

Ahora bien, para demostrar que las aguas son bienes de uso público, el apoderado de la CAR se remite al artículo 677 del Código Civil que reza:

"Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la unión de uso público en los respectivos territorios.

Exceptuánse las vertientes que nacen dentro de una misma heredad; su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños".

Sostiene que del anterior artículo se concluye que el Estado tiene la propiedad de las aguas que circulan por el territorio nacional y que el derecho de propiedad privada de las aguas sólo existe como excepción para aquellas que nacen y mueren dentro de una misma heredad. Por tanto, de la propiedad que el Estado tiene sobre las aguas deviene su capacidad para reglamentar su uso, porque carecería de sentido que siendo bienes de uso público y estando su administración radicada en cabeza del mismo, éste no procediese en tal sentido.

A partir de la Ley 113 de 1928 el Gobierno Nacional es expresamente designado en la ley como "supremo administrador de bienes de uso público", pero esto no indica que tal facultad no la tuviera de hecho desde la expedición del Código Civil. Al Gobierno le corresponde conceder permisos a los particulares para derivar aguas de fuentes nacionales; le compete autorizar la construcción de obras sobre los cauces de corrientes naturales. Contrario sensu, está la obligación de los particulares de no acceder al uso de los bienes públicos mientras no hayan obtenido los permisos correspondientes; lo contrario, los ubica en el carácter de usuarios ilegales, lo cual puede llevar al Gobierno a adoptar decisiones de mérito que contengan sanciones e incluso, puede llegar a suspender el aprovechamiento del recurso.

En lo que toca concretamente con las aguas de la acequia de San Patricio, el ente demandado afirma que no hay duda de que la fuente de donde se derivan las aguas hacia dicha acequia tienen la calidad de uso público. En efecto, tanto en el interrogatorio de parte como en la diligencia de inspección judicial cumplida el 24 de junio de 1988, se establece que las aguas de la toma "San Patricio" son captadas mediante compuertas del río Subachoque. Esta última fuente atraviesa no sólo dos predios, sino poblaciones enteras, con lo cual queda claro como hecho notorio, que se trata de una fuente de uso público. Se tiene entonces que para la época de expedición del Código Civil se requería para obtener un caudal, en la cantidad y para la persona que fuere, permiso del gobierno nacional en su condición de supremo administrador de las aguas, a no ser que se tratase de usos permitidos por la ley o autorizados por ella, evento que no es aplicable al caso de la acequia San Patricio. Con anterioridad al Código Civil, la legislación aplicable es la que regía para las colonias españolas, requiriéndose de una merced concedida por la corona, en la medida en que en dichos tiempos no existían las aguas privadas.

En cuanto a la aplicación del artículo 895 del Código Civil, el apoderado de la demandada señala que suponiendo que efectivamente la acequia de San Patricio hubiese sido construida por quienes se ha afirmado que lo hicieron y que además los impugnantes de las decisiones de la CAR son sus causa habientes, se tiene que dichas aguas no pueden considerarse como privadas, tal y como lo sostuvo el Consejo de Estado al manifestar:

"Y no se diga que el derecho de dominio sobre las aguas lo adquirieron los demandantes por el hecho de haber construido algunos de sus antecesores en el dominio, el cauce artificial, destinadas a conducirlas a la casa del molino, como parece insinuarlo el demandante al citar como violado el artículo 895 del Código Civil que a la letra dice" Las aguas que corren por un cauce artificial, construido a expensa ajena pertenecen exclusivamente al que, con los requisitos legales, haya construido el cauce".

"Porque a esta disposición no puede dársele tal alcance, so pena de tener que aceptar que basta sacar de un río o de una corriente natural de aguas una toma o acequia para que las aguas que por allí se lleven, dejen de ser de uso público, siendo así que el goce de ellas aún inmemorial, no sirve para transferir su dominio (Anales, año XXII, Nos. 290 a 292, págs. 424 y s.s.)".

El artículo 895 del Código Civil debe ser armonizado con otras disposiciones; en efecto, de acuerdo con el tenor literal de los artículos 892, 893 y 894 del mismo código, el legislador no ha otorgado a los propietarios riberanos sino el uso de las aguas nacionales. Dicho artículo significa que el uso de las aguas derivadas de una corriente nacional, pertenecen exclusivamente a quien ha construido a su costa y con los requisitos legales, la acequia que la conduce. Tan cierto es esto que el texto se refiere al caso de que la acequia sea construida a través de un predio ajeno, es decir, que el dueño de aquella y el de la tierra por donde fue construida sean distintos, o de lo contrario no se entiende la frase "construido a expensa ajena".

Las anteriores consideraciones llevaron al gobierno a expedir el Decreto - Ley 1381 de 1940, el que en su artículo 2o. dispuso que se reputan bienes de uso público de propiedad del Estado, las aguas que aunque corran por cauces artificiales hayan sido desviadas de una fuente de propiedad nacional, con lo que se eliminaron las dudas acerca del carácter de las aguas que corren por cauces artificiales y así mismo se definió la situación de los demandantes quienes se propusieron demostrar la posesión de las aguas de la acequia en un lapso de 30 años. De modo que si se acepta su dicho, se tendría que tener probado ese hecho aproximadamente desde el año de 1958, o sea que los propietarios de las haciendas interesadas vienen "poseyendo" las aguas desde ese entonces, pero habida cuenta que la definición de aguas públicas que corren por cauces artificiales se hizo legalmente en 1940, no puede hablarse de posesión en su acepción jurídica y mucho menos sugerirse prescripción, porque ni en uno ni en otro caso son predicables esos vocablos frente a bienes de uso público.

De igual manera, la demandada sostiene que en 1968 se confirmó legalmente el carácter de las aguas derivadas hacia cauces artificiales, al disponer el Decreto 182 de ese año en su artículo primero, que las aguas desviadas de una fuente nacional y conducidas por cauces artificiales son de uso público y por tanto su uso, goce y distribución se sujetará al control y superintendencia del gobierno nacional.

En cuanto a la actual legislación, esto es, el Decreto 2811 de 1974 y su reglamentario 1541 de 1978, el apoderado de la demandada afirma que se mantuvo la misma filosofía de las legislaciones anteriores, es decir, señalar la regla general de las aguas de uso público y como excepción las aguas de dominio privado. Los artículos 80 y 81 del Código de Recursos Naturales, fijan los criterios para determinar las aguas públicas y las privadas con la novedad que a partir de esta legislación las aguas de dominio privado tienen un muy definido carácter social (artículos 82 y 87).

La CAR siguió los postulados previstos en el procedimiento de concesiones administrativas de aguas en el caso de la acequia de San Patricio y aún, observando que se trataba de aguas derivadas de una fuente pública a través de un canal, otorgó concesiones a particulares, tomando como punto de referencia y base de su decisión, lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 1541 de 1978 que prescribe:

"Son aguas de uso público:

"h) Las aguas que corran por cauces artificiales que hayan sido derivadas de un cauce natural......”.

Fue así como la CAR otorgó las aguas de la acequia, con base en tres elementos básicos, a saber:

a) La existencia de un ente estatal con competencia reconocida en la ley para administrar las aguas de uso público.

b) El carácter de uso público de las aguas de la acequia San Patricio, según lo dispuesto en el literal h) del artículo 5o. del Decreto 1541 de 1978, y

c) La solicitud de unos particulares para que se les concediese el uso de una parte de las aguas, derecho perfectamente establecido y desarrollado en el Código de Recursos Naturales y disposiciones concordantes.

Finalmente, las concesiones otorgadas por la CAR no implican imposición de servidumbres a terceros. En el mismo texto de las providencias de concesión se hace la afirmación de que ese tipo de servidumbres (las de interés particular) deben ser tramitadas por el interesado ante la justicia ordinaria, de modo pues que si para derivar parte o la totalidad del caudal otorgado por la entidad el interesado requiere de una servidumbre, es su obligación adelantar las gestiones pertinentes ante otras autoridades.

De otra parte, el apoderado de la Sociedad Agropecuaria Marsella y Cía. S. C., propietaria del predio "Marsella" en la contestación de la demanda dentro del proceso No. 2100 se opone a las pretensiones, por considerarlas extravagantes y sin fundamento legal y por carencia de legitimidad de acuerdo con los hechos, solicitando se nieguen las reclamaciones y se archive el proceso.

Propone las siguientes excepciones:

a) Carencia de acción. Ello porque según el artículo 4o. de la Constitución de 1886 en concordancia con el artículo 674 del Código Civil, existen bienes cuyo dominio pertenece a la Nación, como son los de uso público, entre los que se encuentran los ríos. Como esta es la regla, la excepción hay que probarla, es decir que como quiera que las aguas que discurren por la Toma de San patricio que a su vez son tomadas del río Subachoque siempre han sido de uso público, quien afirme lo contrario debe presentar los títulos mediante los cuales ese patrimonio de la Nación pasó a manos de los particulares. Los bienes de la Nación son imprescriptibles y no se puede alegar en favor de derechos privados e individuales, el uso permanente e inveterado de ellos. En síntesis, como hasta la fecha no se ha probado que las aguas que discurren por el predio en cuestión son de propiedad privada, es necesario creer que son de propiedad de la Nación y que su uso puede ser reglamentado por la Corporación Autónoma Regional CAR.

b) Falta de personería por objeto ilícito. Lo anterior por cuanto dentro de las facultades del administrador de la Comunidad Toma de San Patricio se encuentra la de celebrar los contratos de arrendamiento, alquiler y suministro de aguas, etc., por lo que al recaer dichas facultades en las aguas de la toma y al ser estas aguas de propiedad de la Nación, no es posible enajenaras bajo ningún aspecto por los particulares, existiendo objeto ilícito según el artículo 1521 ordinal 1o. del Código Civil, que a su vez remite al artículo 1502 de la misma codificación y que habla sobre los actos o declaraciones de voluntad. Se deduce entonces que si el objeto es ilícito, consecuencialmente el acuerdo de voluntades también lo será, por cuanto lo que se afirma de una parte, se afirma del todo. Por tanto, la llamada Comunidad de la Toma de San Patricio es inexistente.

Así mismo, el curador *ad litem* del dueño del predio "El Cedro" al contestar la demanda, aduce que se opone a las pretensiones de la misma porque el actor no tiene fundamento legal alguno y además porque carece de legitimidad.

Arguye que lo que es objeto de discusión no es la propiedad de la toma de San Patricio, sino la propiedad de las aguas que por allí discurren. Es el uso de las aguas derivadas lo que pertenece a quien construyó el cauce, más no la propiedad de esa corriente, pues de lo contrario un particular podría convertir en propiedad privada lo que es de dominio público.

El régimen jurídico de las aguas de uso público, obedece a la distinción de que a la Nación pertenece la nuda propiedad, pero su uso y goce pertenecen a los propietarios de los predios riberanos, sea que discurran por cauces naturales o artificiales; en tal virtud, aquella tiene la facultad para reglamentar el uso de ellas, hacer concesiones y limitar la manera como deben gozarse.

En conclusión, como bienes de uso público especial, corresponde en el presente caso en forma exclusiva al gobierno nacional, el control y administración de las aguas de uso público.

f. - **La actuación surtida**

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., a las demandas se les dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

**Expediente No. 2100**

Por auto del 8 de febrero de 1985 se admitió la demanda y se dispuso su notificación a la parte demandada y a las personas naturales y / o jurídicas en cuyo favor se otorgaron las concesiones de agua mediante los actos acusados (fi. 121 Cdno. Ppal.).

Mediante proveído del 23 de agosto de 1986 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (fi. 326 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 5 de abril de 1990 se decretó la acumulación del proceso No. 2235 al No. 2100 (fls. 454 a 455 Cdno. Ppal.).

Por auto del 21 de agosto de 1992 (fl. 494 del Cdno. Ppal.), se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual sólo hizo uso en tiempo la parte demandada (fl. 495 del Cdno. Ppal.).

**Expediente No. 2235**

Por auto de 4 de febrero de 1985 se admitió la demanda y se dispuso su notificación a la parte demandada y a las personas naturales y / o jurídicas en cuyo favor se otorgaron las concesiones de agua mediante los actos acusados (fi. 116 Cdno. No. 2).

Mediante providencia de 14 de septiembre de 1987 se decretaron las pruebas solicitadas por la parte actora (fl. 148 *ibídem).*

Por auto de 25 de septiembre de 1989 se dispuso correr traslado a las partes para que formulasen sus alegatos de conclusión (fi. 168 *ibídem).*

**II. - LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante la sentencia recurrida el tribunal de origen denegó las súplicas de las demandas, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 566 a 592 del Cdno. Ppal.):

En primer término, respecto de las excepciones propuestas el Tribunal considera que como quiera que el fundamento de éstas es el argumento de que la parte actora no puede reclamar derecho proveniente de propiedad privada de las aguas que fueron objeto de concesión por parte de la CAR mediante las resoluciones impugnadas, dichas excepciones no pueden prosperar puesto que el análisis de fondo deberá versar precisamente sobre dicho punto, para concluir si le asiste o no razón a la CAR para regular el uso de las aguas sobre las que alega propiedad privada la parte actora.

Como la demanda gira alrededor de la propiedad de las aguas que corren por la "Toma de San Patricio", el *a - quo* se adentra en el estudio del carácter de las aguas de uso público y las aguas de carácter privado.

El Código de Recursos Naturales Renovables reglamentó el uso y explotación de los mismos en beneficio de toda la colectividad, entre ellos el de las aguas en todos sus estados.

Las aguas para todos los efectos legales se dividen según conceptos acordes con el Código Civil en:

a) Aguas corrientes y aguas no corrientes;

b) A su vez, las aguas corrientes se subdividen en aguas de uso público y aguas de dominio privado;

c) Las aguas de dominio privado se subdividen en aguas fluviales, aguas procedentes de pozos artificiales, aguas que nacen y mueren dentro de un mismo predio y aguas que corren por cauces artificiales;

d) En las aguas no corrientes hay que tomar en consideración los pantanos y los lagos.

El artículo 677 del C.C. preceptúa que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios, exceptúan a las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, respecto de las cuales su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas y pasan con estos a los herederos y demás sucesores y dueños. Es por tanto esto ultimo una excepción a la regla general de que sobre las corrientes de aguas superficiales, esto es, ríos, arroyos, quebradas, lagunas, lagos y demás depósitos naturales, no se tolera la propiedad privada en razón de constituir un recurso de indudable valor cada día más.

El artículo 677 del Código Civil estableció que las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión y de uso público. Los artículos 892 y 894 *ibídem* consagraron los derechos que en esas corrientes tienen los riberanos.

La controversia de la presente demanda gira en tomo a la correcta interpretación del artículo 895 del Código Civil, que prescribe:

“Las aguas que corren por un cauce artificial, construido a expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que, con los requisitos legales, haya construido el cauce".

Afirma el fallador de primera instancia que el artículo 895 ha querido establecer de manera expresa que si el riberano de la corriente natural puede usar el agua, el dueño del predio por donde pasa el cauce artificial no puede hacer ninguna especie de uso. Eso fue lo que quiso decir y dijo, al declarar que el agua es de quien construyó el cauce; si es suya, tiene un derecho absoluto y exclusivo en virtud del cual puede hacer lo que a bien tenga, usar de ella conforme su voluntad, pudiendo así mismo impedir que de la misma agua reporte la más mínima utilidad a un tercero, aunque eso no lo perjudique y aún, en el caso de que ello redunde en su propio beneficio.

Agrega el Tribunal que de la prohibición que se establece contra los riberanos de los cauces artificiales, no se puede deducir derecho alguno para excavar esos mismos cauces.

La ley ha dicho claramente que cuando una persona es dueña del agua porque nazca y muera en un fundo, porque sea fluvial, porque proceda de un pozo artificial o porque la haya obtenido mediante una merced y además haya obtenido una servidumbre de acueducto para transportar el agua que es suya, puede excavar un acueducto a sus propias expensas quedando esa acequia plenamente protegida por el artículo 895 del Código Civil.

Cuando una persona encauce aguas de uso público mediante la construcción de acequias y en detrimento de otros, tendrá las acciones respectivas para hacer valer el derecho de uso público, bajo el entendido que corresponde la carga de la prueba de que la construcción del cauce artificial se hizo de acuerdo con los requisitos legales, a quien alega el derecho de uso exclusivo de las aguas.

Añade el fallador de primera instancia que los actores alegan que mediante las resoluciones impugnadas se le han desconocido derechos adquiridos, pero bien cierto es que si alguna merced se reconoció para efecto de otorgar carácter de exclusiva explotación de las aguas que discurren por la "Toma de San Patricio", ha debido probarse dicha merced y la perpetuidad de la misma para que el Tribunal entrara a estudiar si era o no viable el análisis del caso al amparo del artículo 2683 del Código Civil que reza:

"El presente Código comenzará a regir desde su publicación, y quedarán desde entonces derogadas todas las leyes y disposiciones sustantivas anteriores en materia civil de la competencia de la Unión, sean o no contrarias a las que se contienen en este Código.

"En consecuencia, las controversias y los pleitos acerca de actos ejecutados, de derechos adquiridos, de obligaciones contraídas o de contratos celebrados desde dicha publicación relativos a las expresadas materias, se decidirán con arreglo a las disposiciones de este Código; pero las controversias y los pleitos sobre actos, derechos, obligaciones y contratos anteriores a la publicación del presente Código, se decidirán con arreglo a las leyes sustantivas que estaban vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho, se contrajo la obligación o celebró el contrato".

Concluye el Tribunal que ante la ausencia de prueba de concesión de merced a perpetuidad de exclusividad de propiedad de las aguas, no puede entrar a dilucidar si las normas anteriores a la expedición del Código Civil son las que deben tenerse en cuenta para decidir si realmente se configuraron derechos adquiridos y de otra parte, si estos merecen respeto aún bajo la vigencia del actual Código Civil. Apoya lo anterior en que los demandantes alegan el desconocimiento del artículo 895 del C.C., más no de la parte pertinente del artículo 2683 *ibídem.*

Respecto de la falta de cumplimiento de requisitos técnicos para la expedición de las concesiones de agua mediante los actos acusados, lo que se pretendió probar con la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos, el *a - quo* encuentra en resumen que lo que se requiere en el caso en estudio es el aporte de más datos y el tener en cuenta otros parámetros para poder llegar a determinar el caudal que deriva la "Toma de San Patricio" del río Subachoque y los potenciales perjuicios de las poblaciones de Funza y El Cortijo, por lo que existiendo deficiencia del fundamento del peritazgo, ello le impide tener una base probatoria suficientemente razonada como para rebatir las consideraciones formuladas en las resoluciones demandadas, concluyendo que las pruebas aportadas no tienen la virtualidad de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

**III. - FUNDAMENTOS DE EL RECURSO**

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que, bajo la forma de cargos, se sintetizan a continuación: (fls. 5 a 12 del Cdno. No. 3):

**Primer cargo. -** A los comuneros que integran la Comunidad Toma de San Patricio les deben ser respetados los derechos que en su favor consagra el artículo 895 del Código Civil, pues la acequia del mismo nombre fue construida antes de que normas posteriores (Decretos 1381 y 1382 de 1940 y Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente) dispusieran que las aguas derivadas de una corriente de uso público continuarían siendo de tal naturaleza aunque corran por canales artificiales o acequias. Además, si bien en cierto que durante el proceso no se presentó el título de propiedad de la mencionada acequia, puesto que quizá no exista debido a que las referencias históricas sólo hablan de que ella "...fue construida por el Marqués de San Jorge, destinada al movimiento de unos molinos de la hacienda 'El Novillero' y que las aguas se derivaron del río Subachoque..", debe ingerirse que los actuales propietarios de los predios en que se dividió dicha hacienda son poseedores de la Toma de San Patricio y los favorece la presunción legal de que "el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo" (art. 765 Código Civil).

**Segundo cargo. -** A pesar de que los comuneros de la Toma de San Patricio no tuvieran derechos adquiridos sobre las aguas que corren por su cauce, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 926 del Código Civil, los no propietarios de los predios gravados con servidumbre de acueducto no pueden servirse de las aguas que discurren por un cauce artificial, sin que previamente hayan constituido servidumbre de acueducto sobre el cauce de propiedad privada. En razón de ello fue que el artículo 8o. del Decreto 1382 de 1940 dispuso que las mercedes de agua otorgadas por el Gobierno no gravan con servidumbre de acueducto el predio o predios ajenos por donde pase el canal de conducción, y que el establecimiento de tales servidumbres debe gestionarlo el interesado con los propietarios de las posibles heredades sirvientes, o por conducto del órgano judicial, *"... a fortiori* cuando se trata de una acequia de propiedad privada, ya que el cauce de estos nunca es de uso público".

Por lo anterior, las concesiones que otorgó la CAR impusieron una servidumbre sobre un cauce ajeno, pues se dice que las derivaciones se tomarán de la acequia San Patricio, como si el cauce también fuera de uso público y no perteneciente a una comunidad.

Adicionalmente, afirma la apelante que en los títulos presentados con la demanda se menciona el derecho a las aguas de la acequia por parte de los propietarios de las distintas haciendas y que en el curso del proceso se demostró la posesión material y considera que también la favorece la presunción de que "todo predio atravesado por una derivación se presume gravado con servidumbre de acueducto".

**Tercer cargo. -** La sentencia apelada no tuvo en cuenta ciertas disposiciones violadas tales como los artículos 42 del Decreto 1382 de 1940, 58 del Decreto 1541 de 1978, y 89 del Código de los Recursos Naturales, los cuales señalan, en términos generales, que para llevar a efecto una reglamentación de aguas, debe tenerse en cuenta la situación de hecho o sea la posesión material de las aguas, de las servidumbres y de los cauces artificiales; así mismo no se tuvo en cuenta si existe el caudal disponible para hacer posible la concesión de aguas.

Para el otorgamiento de las concesiones la CAR no tuvo tampoco en cuenta el artículo 107 del Código de Recursos Naturales Renovables que dispone:

"Artículo 107. - Para imponer la servidumbre de acueducto en interés privado de quien tenga derecho a usar el agua, se determinarán la zona que va a quedar afectada por la servidumbre, las características de la obra y las demás modalidades concernientes al ejercicio de dicha servidumbre. Esta se hará con citación previa del propietario del fundo que ha de soportar la servidumbre, de los titulares de los derechos reales sobre el mismo y de las personas a quienes ésta beneficie, y con arreglo a las demás disposiciones del Código de Procedimiento Civil que fueren pertinentes".

Lo anterior, por cuanto las citadas resoluciones no solamente pasaron por alto las mencionadas disposiciones sino que impusieron la servidumbre sin acudir a ninguna clase de juicio; en efecto, ellas se concedieron de una acequia o acueducto artificial y a una distancia de la bocatoma de más de 8 kilómetros, sin previa indemnización y sin consultar a sus dueños y poseedores.

**IV. - LA IMPUGNACION DEL RECURSO**

A su vez, la parte demandada, en su alegato de conclusión en esta segunda instancia, se opone a las pretensiones del recurrente con base en las razones que se resumen a continuación (fls. 25 a 33 del Cdno. No. 3):

Se reiteran los argumentos expuestos en el alegato de conclusión surtido en la primera instancia, afirmando además que el actor ya no insiste tanto en la condición jurídica de las aguas de la acequia que admite como públicas, sino en la propiedad del cauce o canal que las conduce, al que cataloga como privado por razón de haber sido construido en el año de 1750 por el Marqués de San Jorge, entonces propietario de la hacienda "El Novillero".

A lo anterior aduce que de la inspección judicial practicada en la zona así como de los testimonios recepcionados en el curso de la misma, amén del contenido de varios documentos aportados al proceso, se concluye que el río Subachoque es una fuente de uso público en los términos del artículo 677 inciso 1o. del C.C*.* y 80 del Decreto 2811 de 1974.

Como quiera que la acequia de San Patricio es una derivación del río Subachoque, el Marqués de San Jorge o sus causahabientes debieron haber obtenido merced de la corona española, permiso del gobierno nacional o concesión de aguas de la CAR, según el caso (de acuerdo con la legislación a aplicar), para desviar parte del caudal del río Subachoque a través de la referida toma, para el beneficio de sus inmuebles.

Agrega que ninguna norma habilitaba a los usuarios a prescindir de la autoridad, razón por la que la Comunidad de San Patricio reconoce de tiempo atrás un uso ilegal de las aguas del río Subachoque.

Respecto de la aplicación del artículo 895 del Código Civil, el ente demandado reitera que al mismo no se le puede dar el alcance que le da el demandante, pues en este evento tendría que admitirse que bastaría construir un canal sobre un río o cualquier otro cuerpo natural de agua, para que las aguas que por allí corren pierdan su carácter de uso público adquiriendo la categoría de privadas", siendo susceptibles de ingresar así al patrimonio particular.

Por último, el apoderado de la CAR estima que el presente proceso se ha caracterizado por la falta de prueba en la mayoría de los hechos discutidos, entre otros, el haber probado que los demandantes construyeron el canal con el lleno de la totalidad de los requisitos legales, tal y como lo exige el artículo 895 del C.C.

Considera que la confesión del impugnante de no tener a su disposición la prueba de la construcción del canal, es suficiente para que el juez se abstenga de aplicar la disposición legal pedida, ya que lo único que intentó probarse fue el uso de las aguas durante más de 30 años, pero en tratándose de bienes de uso público se sabe que una de sus características fundamentales es la imprescriptibilidad.

Concluye el apoderado de la CAR que de haberse acreditado la construcción del canal con el cumplimiento de los requisitos legales, con todo y eso no podría accederse a las pretensiones del demandante, porque no demostró ningún interés jurídico en la actuación, pues se limitó a afirmar que el Marqués de San Jorge había construido la acequia San Patricio y que los comuneros eran sus causahabientes, lo que tampoco probó.

**V. - EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO**

En su concepto, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación estima que el fallo apelado debe ser confirmado por los mismos válidos argumentos expuestos por el Tribunal.

En efecto, dado el origen de las aguas de la acequia San Patricio, esto es, de uso público por provenir del río Subachoque, los presuntos propietarios tradicionales del cauce artificial han debido probar su derecho o prerrogativa legal sobre las aguas para lograr la prosperidad de la acción.

Encuentra que en el cuaderno No. 3 del proceso, las llamadas referencias históricas no llegan a demostrar el derecho de propiedad en cabeza de la comunidad Toma de San Patricio, como tampoco determinar el caudal o volumen de agua que originariamente se autorizó derivar del cauce del río Subachoque con destino a dicha acequia.

Finalmente considera que la CAR, creada mediante la Ley 3a. de 1961, tiene entre sus funciones la de "administrar en nombre de la Nación, las aguas de uso público en el área de jurisdicción, para lo cual se le delegan facultades de conceder, reglamentar, suspender, o regularizar el uso de las aguas superficiales o subterráneas, así como también los permisos para explotar los bosques y los lechos de los ríos, todo dentro de las disposiciones legales", no demostrándose dentro del proceso que aquella no hubiese tenido en cuenta por ejemplo, la disponibilidad del recurso y las necesidades a satisfacer.

**VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los cuestionamientos que formula la apelante ponen de manifiesto que la comunidad Toma de San Patricio busca fundamentalmente convencer a la Sala de que la presunción de legalidad de los actos acusados se desvirtúa con base en las pruebas que obran en el proceso y con los argumentos jurídicos expresados en el recurso en tal virtud, procede la Sala a verificar si logró o no dicho cometido.

1o. - En las demandas que dieron origen a los procesos se argumenta que debido a que la acequia denominada Toma de San Patricio fue construida desde el año de 1750 por el Marqués de San Jorge para conducir aguas del río Subachoque con destino a un molino de trigo ubicado dentro de la hacienda "El Novillero", los actuales propietarios en que se subdividió dicho predio tienen derecho al uso exclusivo de sus aguas, en los términos del artículo 895 del Código Civil.

Sobre el particular la Sala observa lo siguiente:

a) El artículo 895 del Código Civil dispone:

"Las aguas que corren por un cauce artificial, construido a expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que, con los requisitos legales, haya construido el cauce".

b) De los términos de la disposición transcrita resulta claro que quien alega para sí el derecho que ella consagra debe demostrar plenamente los supuestos de hechos de la misma, es decir, para el asunto, *sub exámine*, que el cauce de la acequia denominada Toma de San Patricio no solo fue construida por el Marqués de San Jorge a sus expensas, sino que tal construcción se hizo con los requisitos legales.

c) En cuanto al primero de los supuestos de hecho que se mencionó en el literal precedente la Sala constata que ninguna de las pruebas que obran en el proceso lo demuestran, como así lo reconoce la apelante en el escrito sustentatorio del recurso.

d) Por lo que respecta al segundo de los supuestos de hechos que consagra el citado artículo 895 del Código Civil para que sus disposiciones resultaren aplicables al asunto controvertido, la Sala encuentra que éste tampoco aparece demostrado en el proceso, toda vez que si la Legislación de Indias sobre aguas determina que ellas son bienes comunes, que deben ser repartidas en beneficio de la comunidad y que su uso por los particulares estaba supeditado a una merced o permiso de la corona española, a la parte actora correspondía haber probado fehacientemente tal circunstancia.

Sin prejuicio de lo anterior, la Sala hace notar que aún bajo la hipótesis de que la parte actora hubiese demostrado los aludidos supuestos de hecho, ello no sería suficiente para reclamar en su favor el derecho de usar para su exclusivo beneficio las aguas que corren por la Toma de San Patricio, pues como se concluyó tajantemente por esta Corporación en sentencia proferida el 19 de diciembre de 1946 con ponencia del Doctor Guillermo Hernández Rodríguez, actor: Municipio de Copacabana, al decidir un asunto que guarda múltiples similitudes con el controvertido, "no puede, pues, dentro del criterio de las leyes de indias que hicieron de las aguas bienes de carácter común, injertar un principio extraño como el de los derechos adquiridos en tránsito de confundirse con el dominio o propiedad. Lo que dentro de la legislación de Indias fue común y sometido a una reglamentación de las autoridades administrativas de la época, equivale justamente, de acuerdo con su función social, a lo que se llama hoy bienes públicos o de uso público. Sobre este primer problema jurídico propuesto que concluye que bajo la legislación para las Indias imperó el criterio de que las aguas eran bienes comunes a los españoles e indios y distribuidos por autoridades mediante fueros especiales sin que pueda por tanto decirse fundadamente que existen derechos perpetuos adquiridos en relación con las aguas de uso público bajo las antiguas leyes españolas" (Anales del Consejo de Estado, Año XXIX, Tomo LVI, números 357 - 361, páginas 291 a 324).

2o. - Argumenta la apelante que si bien no demostró la propiedad de la acequia denominada Toma de San Patricio, a los actuales propietarios en que se dividió la hacienda "El Novillero" los favorece la presunción consagrada en el artículo 762 del Código Civil, según la cual "El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo".

Al respecto la Sala considera que con base en dicha disposición no es posible derivar propiedad alguna sobre las aguas que discurren por la mencionada acequia, que es lo que en esencia se discute en el proceso y no la propiedad de su cauce, pues al no haberse siquiera puesto en tela de juicio por la actora que el río Subachoque es y ha sido una fuente de uso público, de ello resulta incuestionable que sus aguas, de las que se alimenta la Toma de San Patricio, constituyen una *res communis* sobre las cuales a nadie le es posible adquirir derechos derivados de su posesión debido a su condición de inalienables, vale decir, de bienes sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada.

3o. Discute la recurrente que la ilegalidad de los actos acusados también se deriva de que las concesiones de agua por ello otorgadas impusieron servidumbre sobre el cauce de la acequia Toma de San Patricio, de propiedad de los comuneros. Para la Sala resulta innegable que este cargo adolece de toda vocación de prosperidad, no solo por las razones que se consignaron en el ordinal 1o. de este acápite, sino por cuanto basta la simple lectura de la parte resolutiva de los actos cuya declaratoria de nulidad se solicita para concluir que ellos no impusieron o constituyeron servidumbre alguna sobre el mencionado cauce ni sobre las propiedades por las cuales habría de conducirse las aguas objeto de concesión, toda vez que en sus artículos séptimo y octavo se consagra expresamente que "las controversias que se susciten con motivo de la constitución o ejercicio de servidumbres, serán resueltas por la justicia ordinaria, conforme a lo dispuesto en el Artículo 117 del Código de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente", el cual dispone:

"ARTICULO 117. - Para la constitución de las servidumbres de que tratan los artículos anteriores y para usarlas se requiere que no caucen perjuicios a quienes actualmente necesiten de las aguas y estén haciendo uso legítimo de ellas, y en cuanto tales servidumbres se ejerzan por los lugares y en las horas que el dueño del predio sirviente señalare.

"Se podrán hacer cesar estas servidumbres cuando el propietario del predio sirviente demuestre que son innecesarias. También se podrá hacer modificar el modo de usarlas cuando con él se cauce perjuicio grave al predio sirviente.

"Las controversias para constituir estas servidumbres o su ejercicio se resolverán por la justicia ordinaria".

4o. - Los últimos reparos que se formulan a la sentencia de primera instancia y los actos acusados son los siguientes:

a) El Tribunal *a - quo* no tuvo en cuenta los mandatos de los artículos 42 del Decreto 1382 de 1940, 89 del Código de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y 58 del Decreto 154 de 1978, según los cuales las concesiones o reparto de aguas están sujetas a las disponibilidades del recurso y a las necesidades que imponga el objeto al cual se destina y que para proceder a ello deben unificarse previamente determinados aspectos técnicos.

b) Los actos acusados impusieron servidumbres sin acudir a ninguna clase de juicio, incurriendo en violación del artículo 107 del mencionado Código de los recursos Naturales Renovables.

En relación con dichos cargos la Sala encuentra que ninguno de ellos está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

a) Porque en la sentencia apelada se estudió debida y juiciosamente la acusación relativa a la falta de cumplimiento de los requisitos técnicos legales para la expedición de los actos acusados, y con base en ello se concluyó que "... la deficiencia del fundamento del peritazgo impide tener una base probatoria suficientemente razonada para las consideraciones formuladas en las resoluciones demandadas".

En efecto, para llegar a dicha conclusión el Tribunal *a - quo* razonó así:

"De otro lado se alegó en las demandas la falta de cumplimiento de requisitos técnicos para la expedición de las concesiones de agua mediante los actos acusados y se pretendió la comprobación de este aserto con la práctica de inspección judicial con intervención de peritos a efecto de acreditar los hechos a que se refiere el artículo 23 del Decreto 1382 de 1942 en concordancia con el artículo 58 del Decreto 1541 de 1978 y además para que se conceptuara sobre la posibilidad de otorgar concesiones cuya nulidad se solicitó, teniendo en cuenta las necesidades de agua de la población de Funza y la parcelación El Cortijo.

"El cuestionario respectivo fue aportado a folio 337 del Cuaderno Original adicionado con la petición formulada en el curso de la inspección judicial de que se determinara el carácter de artificial del cauce por donde corren las aguas de la Toma de San Patricio para establecer que no hay derecho de riberanía en relación con las colindancias.

"El dictamen pericial que obra a folio 338 y siguientes del cuaderno principal fue objetado por error grave por la apoderada de la CAR en cuanto no se contó con datos suficientes para las conclusiones de las respuestas a la primera pregunta ya que solo se tomaron dos datos de aforo y para la tercera por cuanto no se estableció que la causa de la afectación de las poblaciones de Funza y El Cortijo fueran exclusivamente las concesiones de agua expedidas por la CAR. En este último punto adujo necesario tener en cuenta las precauciones contenidas en la resolución 3012 del 21 de diciembre de 1983 y el contrato de obra No. 124 de 1988 suscrito con la Sociedad Independence para la excavación, perforación y puesta en marcha de un pozo profundo para uso exclusivo del Municipio de Funza.

"La Sala al analizar el peritazgo, el escrito de objeción y las conclusiones a las que llegaron los peritos encargados del nuevo dictamen encuentra que en resumen lo que se presenta en el caso en estudio es la necesidad del aporte de más datos y de tener en cuenta otros parámetros para poder llegar a determinar el caudal que deriva la Toma de San Patricio del río Subachoque y los potenciales perjuicios de las poblaciones de Funza y El Cortijo, aspectos éstos contenidos en el cuestionario sometido a consideración de los expertos.

"Pero como quiera que el dictamen presentado por los peritos Myriam Novoa Pineda y Fabio Ernesto Rodríguez González (folio 482), tan solo aluden a la insuficiencia de datos, no procede en consecuencia la calificación de error grave del primer dictamen, pues tampoco existen elementos de juicio para arribar a tal conclusión.

"Ahora, el dictamen pericial, como todo medio probatorio, debe ser analizado por el juez a fin de poder otorgarle su verdadero alcance y valor en relación con el hecho por probar.

"Se pretendió con la petición de inspección judicial con intervención de peritos probar que para la expedición de las resoluciones acusadas no se tuvieron en cuenta las especificaciones técnicas a las que aluden el artículo 23 del Decreto 1382 de 1942 en concordancia con el artículo 58 del Decreto 1541 de 1978. Más tal como quedó plasmado y como lo entiende la Sala la deficiencia del fundamento del peritazgo impide tener una base probatoria suficientemente razonada como para rebatir las consideraciones formuladas en las resoluciones demandadas".

b) Porque si bien es cierto que en la sentencia recurrida no se analizaron los artículos 42 del Decreto 1382 de 1940 y 89 del Código de los Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente, ello no es causal suficiente para deducir su quebrantamiento por parte de los actos acusados, pues al consagrar tales normas que el Gobierno Nacional reglamentará el aprovechamiento de las corrientes o depósitos de aguas nacionales, así como las derivaciones que benefician varios predios y otorgará las correspondientes concesiones teniendo en cuenta determinados factores, a la parte actora correspondía probar que dichos actos se expidieron sin cumplir con los mencionados requisitos, lo cual en ningún momento demostró en el curso del proceso, como se evidencia de las consideraciones del Tribunal *a - quo* que se transcribieron en el literal anterior y en las cuales se analizaron varias disposiciones legales que guardan estrecha relación con aquellas cuyo estudio echa de menos la apelante.

c) Porque como se analizó y concluyó en el ordinal 3o. de estas consideraciones, los actos acusados no impusieron ninguna servidumbre sobre el cauce de la Toma de San Patricio ni sobre los predios por los cuales habría de conducirse las aguas objeto de concesión.

Las precedentes consideraciones llevan a la Sala a concluir que la recurrente no logró desvirtuar la presunción de legalidad que lleva implícita y ampara a todo acto administrativo, como los acusados, cuya eficacia se apoya en la presunción *iuris tantum* de que están conformes con el ordenamiento jurídico, así como tampoco logró desvirtuar los fundamentos de la sentencia de primera instancia, por lo cual ha de procederse a confirmar esta última.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**Primero. - CONFIRMASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de fecha 25 de marzo de 1993.

**Segundo. -** De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del C.C.A. y 392 - 3 del C. de P.C., condenase en costas de esta instancia a la parte actora. Tásense por Secretaría.

**Tercero. -** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

**COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres de noviembre de milnovecientos noventa y cuatro.

#### **YESID ROJAS SERRANO ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ**

#### **Presidente**

**MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**