



AMBIENTAL / LICENCIAS, PERMISOS, CONCESIONES – De aguas no marítimas / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto de actos por medio de los cuales se otorga una concesión de aguas para la generación de energía en beneficio de un proyecto hidroeléctrico / DERECHO AL USO DE AGUAS Y CAUCES – Se adquiere por concesión, permiso o por asociación / CONCESIÓN O PERMISO – Se requiere para hacer uso de aguas para generación de energía hidroeléctrica / CONCESIÓN PARA EL USO DE AGUAS PÚBLICAS – Procedimiento administrativo / AVISO PARA VISITA OCULAR – Finalidad / AVISO PARA VISITA OCULAR – Debe fijarse por lo menos con diez días de anticipación / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Garantía / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Se vulnera cuando en el procedimiento administrativo de concesión se omite fijar el aviso previo a la práctica de la visita ocular / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procede respecto de la Resolución 1340047 de 2009 por haber sido expedida irregularmente

[L]a empresa Generamos Energía S.A. E.S.P. requería de una concesión para el aprovechamiento de las aguas por así disponerlo el artículo 36 del Decreto 1541 de 1978 [...]. Siguiendo el trámite previsto en dichas normas [artículos 54 a 66 del Decreto 1541 de 1978] mediante Auto [...] la Jefe de la División Jurídica de Cornare [...] admitió la solicitud de concesión de aguas [...] ordenando [...] realizar una visita al lugar donde se pretende realizar la captación del recurso [...] en su artículo tercero, ordenó «[...] fijar el aviso conforme lo ordena el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978 [...]». En el expediente se encuentra [...] un documento denominado «[...] AVISO CONCESIÓN DE AGUA [...]», expedido por Cornare, pero esta vez con sello de radicación en la Alcaldía Municipal de Cocorná (Antioquia) de 16 de abril de 2009, el cual indica que la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P., a través de su representante legal había solicitado a la autoridad ambiental, una concesión de aguas para proyectar obras para un futuro aprovechamiento de la fuerza hidráulica del Río Cocorná [...]. El «[...] INFORME TÉCNICO PARA CONCESIONES DE AGUA [...] indica que los avisos previstos en la ley se fijaron en la Alcaldía Municipal de Cocorná y en la sede de Cornare en la Regional Bosques, el 1 de abril de 2009, siendo desfijados el 16 de abril, fecha de la visita técnica, sin que se hubiesen presentado opositores al trámite. [...] [C]ontrario a lo expuesto en el informe técnico y en el acto administrativo, la autoridad administrativa no dio estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978, en la medida en que no consta que la autoridad ambiental hubiera hecho fijar en lugar público de las alcaldías o inspecciones de las localidades correspondientes al sitio de interés, esto es, en donde se desarrollará el proyecto, los avisos previstos en la norma con diez (10) días de anticipación a la práctica de la visita. [...] [E]l aviso [...] fue recibido en la Alcaldía Municipal de Cocorná (Antioquia) el mismo día en que se llevaría a cabo la inspección al lugar en donde se desarrollaría el proyecto, lo que quiere decir que no se cumplió el término previsto para su fijación. Además, no obra el aviso correspondiente dirigido a la Alcaldía o Inspección del Municipio de Carmen de Viboral (Antioquia). [...] La omisión en la fijación de los avisos produce, entonces, que las personas que se creían con derecho a intervenir no pudieran hacerlo y, en esa medida, no pudieron ser oídos durante el trámite administrativo, lo que, se reitera, produjo el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso. [...] [C]ornare [...] omitió la fijación de los avisos con diez (10) días de anticipación a la práctica de la visita ocular que debe practicar la autoridad ambiental en el trámite para el otorgamiento de concesiones para la utilización del agua, lo cual se encuentra previsto en el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978.



Radicación: 11001 03 24 000 2013 00346 00
Demandante: LUÍS FERNANDO MADRIGAL GONZÁLEZ
Demandado: CORNARE

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso administrativo y Secciones Primera y Tercera, de 17 de marzo de 2015, Radicación 11001-03-15-000-2014-03799-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; 27 de agosto de 2015, Radicación 11001-03-24-000-2015-00194-00, C.P. María Elizabeth García González, 11 de marzo de 2014, Radicación 11001-03-24-000-2013-00503-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala y 13 de mayo de 2015, Radicación 11001-03-26-000-2015-00022-00, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y de la Corte Constitucional, C- 834 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 238 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 134-0047 DE 2009 (19 de agosto) CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL RIONEGRO – NARE (Suspendida) / RESOLUCIÓN 134-0043 DE 2010 (15 de junio) CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL RIONEGRO –NARE (No suspendida)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00346-00

Actor: LUIS FERNANDO MADRIGAL GONZÁLEZ

Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL RIONEGRO – NARE

Referencia: NULIDAD

Referencia: Procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado por expedición irregular

Referencia: Auto que decide sobre solicitud de suspensión provisional

El despacho procede a resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución núm. 134-0047 de 19 de agosto de 2009 y de la Resolución núm. 134-0043 de 15 de junio de 2010, expedidas por la Corporación Autónoma Regional Rionegro – Nare¹.

I.- Antecedentes

¹ En adelante Cornare.



I.1.- La demanda

El ciudadano Luís Fernando Madrigal González presentó demanda ante esta Corporación, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – en adelante CPACA –, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución núm. 134-0047 de 19 de agosto de 2009² y de la Resolución núm. 134-0043 de 15 de junio de 2010³, expedidas por Cornare.

I.2.- La solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos acusados⁴

La parte demandante encuentra procedente la imposición de la cautela solicitada toda vez que los actos administrativos demandados trasgreden los artículos 13, 29 y 229 de la Carta Política; los artículos 30 y 31 de la Ley 99 de 22 de diciembre de 1993⁵; y el artículo 57 del Decreto 1541 de 26 de julio de 1978⁶.

I.2.1.- Explicó que se desconocía el artículo 13 de la Carta Política puesto que a los campesinos y colectividades perjudicadas con la construcción del proyecto hidroeléctrico sobre el Río Cocorná no se les dispensó el mismo trato que se otorga a otras comunidades que se ven involucradas en estos mismos procesos.

I.2.2.- Asimismo subrayó que la demandada había vulnerado el artículo 29 de la Carta Política porque:

«[...] haber pretermitido parte del procedimiento establecido por la ley – en concreto la falta de publicación de avisos – viola el derecho al debido proceso, al haberse expedido la resolución de concesión de agua en forma irregular, porque al dejarse de aplicar los requisitos establecidos por la ley y el decreto reglamentario 1541 de 1978 en su Art. 57 se desconocieron las formalidades propias de este procedimiento [...] Por conexidad, se viola el debido proceso a la colectividad que tenía derecho a participar en las audiencias y/o visitas oculares que se debían realizar, pero la autoridad ambiental no sólo privó a la

² «[...] POR MEDIO DE LA CUAL SE OTORGA UNA CONCESIÓN DE AGUAS Y SE FORMULA UN REQUERIMIENTO [...]»,

³ «[...] POR MEDIO DE LA CUAL SE OTORGA UNA AMPLIACIÓN DE CAUDAL [...]»

⁴ Fol. 10-14, cuaderno de medidas cautelares.

⁵ «[...] Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones [...]»

⁶ «[...] 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 [...]»



comunidad de oponerse a la construcción del mismo (proyecto hidroeléctrico) [...]»

I.2.3.- Además consideró que la trasgresión del artículo 29 de la Carta Política produjo, igualmente, la violación del derecho de acceso a la administración de justicia previsto en el artículo 229 de la Carta Política a la colectividad que debía ser escuchada y que se opone a la construcción del proyecto hidroeléctrico sobre el Río Cocorná por las enormes cargas que les genera, *«[...] esto en tanto que, como no se opusieron, su silencio se interpreta como un beneplácito y/o aprobación del mismo [...]»*.

I.2.4.- De otro lado, en su concepto, se vulneraron los artículos 30 y 31 de la Ley 99, toda vez que la expedición irregular del acto, producto de la omisión de las formalidades previstas en la ley y el reglamento, produjo que precisamente se trasgredieran *«[...] las formalidades propias de este procedimiento y del actuar de las entidades públicas y de los funcionarios públicos como máxima autoridad ambiental en su jurisdicción [...]»*. Agregó que:

«[...] Las resoluciones conllevan en sí misma una falsa motivación para la expedición de la respectiva resolución que otorga la concesión de aguas solicitada por la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P. con NIT 900.2003.772-4; toda vez que la visita ocular decretada Mediante auto 1120397 del 01 de abril de 2009 fue practicada en fecha diferente a la ordenada por la Corporación. De allí que la afirmación: “y luego de haberse dado los avisos de Ley”, contenida en los actos acusados, los vician de falsa motivación [...]».

I.2.5.- El actor, posteriormente, consideró violado el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978, por cuanto:

«[...] La CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL RIONEGRO-NARE (CORNARE) prescindió sin justificación legal alguna, de la fijación del respectivo edicto en la Alcaldía Municipal de El Carmen de Viboral, tal cual lo exige el Art. 57 del decreto 1541 de 1978, con lo cual no sólo se vicia el acto administrativo que concede las aguas, sino que trae consigo el desconocimiento del derecho de defensa. Del mismo modo, si se probare que no era necesario el aviso en el Municipio de El Carmen de Viboral, el trámite de concesión no podía continuar en tanto que hubo una violación abierta, clara y manifiesta con la no publicación del avisto en el Municipio de Cocorná con fundamento en lo establecido por la Ley [...]».

I.3- La réplica de Cornare



El despacho ordenó correr traslado a la parte demandada de la solicitud de medida cautelar presentada por la parte actora⁷, para que en el término de cinco (5) días se pronunciara sobre ella, de conformidad con el artículo 233 del CPACA.

Efectuada la correspondiente notificación de esta decisión⁸ y transcurrido el término previsto en el precitada norma – Artículo 233 CPACA –, Cornare no realizó pronunciamiento.

Sin embargo, en forma extemporánea, la apoderada judicial de la entidad demandada presentó escrito⁹ en el que manifestó que comparecía «[...] *para emitir pronunciamiento sobre la solicitud de suspensión [...]*», en el que coadyuva la solicitud de suspensión provisional, por las siguientes razones:

«[...] Acerca de su oposición a las normas, en CORNARE existe a tal punto la convicción al respecto, que mediante escrito presentado el día 6 de Mayo de 2011 se presentó demanda contra el acto, la cual fue radicada bajo el número 11001032400020110021600, correspondiendo su conocimiento al Despacho del Dr. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, y se solicitó la suspensión provisional con la siguiente argumentación:

“Como apoderado de la entidad demandante dentro del proceso de la referencia, al momento de la presentación de la demanda ruego a la Corporación decretar la suspensión provisional del acto acusado [...] La manifiesta contradicción entre el acto y la norma queda probada a plenitud con la certificación (documento público) que emite la propia entidad en el sentido de que no se efectuó la publicación que ordena el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978 [...] En Julio 6 de 2006 esta Sección se ocupó de una solicitud de suspensión provisional que el Ministerio de Transporte formulara dentro de una acción que fuera presentada como de nulidad pero que la Sala interpretó como de nulidad y restablecimiento (lesividad), expresando:

[...]

La similitud con el caso que nos ocupa es extraordinaria, pues en ambos eventos se trata de una entidad pública que demanda su propio acto por estar evidenciado que se violó el debido proceso [...] Si en el caso del transporte se daba por descontada la prueba del perjuicio para el interés público, todavía más dramática es, si cabe, la situación en el caso presente, visto que se trata de la protección del medio ambiente y los recursos naturales, el más sensible entre ellos como es el agua, esencial para la vida.” [...] El Consejo de Estado mediante providencia de 26 de Junio de 2012 admitió la demanda pero denegó la suspensión provisional [...] Acompañó sendas copias de la demanda y de la

⁷ Fol. 10, cuaderno de medidas cautelares.

⁸ Fol. 10-12, cuaderno de medidas cautelares.

⁹ Fol. 15-32, cuaderno de medidas cautelares.



Radicación: 11001 03 24 000 2013 00346 00
Demandante: LUÍS FERNANDO MADRIGAL GONZÁLEZ
Demandado: CORNARE

*solicitud de suspensión provisional, lo mismo que de la certificación de que no fijó el aviso en la Alcaldía de El Carmen de Viboral [...] **Como lógica consecuencia de lo que viene de anotarse, coadyuvo la solicitud de suspensión provisional** [...]*» (negrilla y subrayado fuera de texto)

I.4.- La intervención de Generamos Energía S.A. E.S.P

Este despacho admitió la demanda¹⁰ formulada por Luís Fernando Madrigal González y dispuso vincular a Generamos Energía S.A. E.S.P como tercero con interés directo en las resultas del proceso, ordenando su notificación personal, conforme lo dispuesto en el artículo 200 del CPACA.

Para efectos de notificar personalmente a dicha entidad, se comisionó al Tribunal Administrativo de Antioquia¹¹, toda vez que la sociedad se encontraba domiciliada en el municipio de Rionegro – Antioquia –, y para el efecto se adjuntó al despacho comisorio, entre otras providencias judiciales, una copia del auto de 20 de octubre de 2015 mediante el cual se corrió traslado de la medida cautelar¹².

Efectuada la notificación de las providencias judiciales allegadas con el despacho comisorio¹³ y transcurrido el término previsto en el artículo 233 del CPACA, Generamos Energía S.A. E.S.P. no realizó pronunciamiento alguno en relación con la medida cautelar solicitada.

II. Consideraciones del Despacho

II.1.- Los actos administrativos acusados

Lo es, por un lado, la Resolución núm. 134-0047 de 19 de agosto de 2009¹⁴, cuyos artículos más importantes de la parte resolutive son del siguiente tenor:

«[...] ARTÍCULO 1°. Otorgar a la empresa GENERAMOS ENERGÍA, con NIT 0900203772-4, representada legalmente por el señor GABRIEL CADAVID ARBELAEZ, una CONCESIÓN DE AGUAS en un caudal total de 4,62 m3/s., para Generación de Energía en beneficio del Proyecto Hidroeléctrico presentado por la citada empresa a localizarse

¹⁰ Fol. 95-97, cuaderno principal.

¹¹ Fol. 110-122, cuaderno principal.

¹² Fol. 112, cuaderno principal.

¹³ Fol. 116-122, cuaderno principal.

¹⁴ «[...] POR MEDIO DE LA CUAL SE OTORGA UNA CONCESIÓN DE AGUAS Y SE FORMULA UN REQUERIMIENTO [...]».



en las coordenadas X: 873200, Y: 1.160.500 Z: 1500 msnm. GPS TRIMBLE JUNO st. Y cuyo sitio de captación será en las coordenadas: x: 1158278 Y: 872624 Z: 1800 GPS TRIMBLE JUNO st.0, ubicado entre los municipios de El Carmen de Viboral y Cocorná en las veredas San Vicente y otras, el caudal se derivará del Río Cocorná.

PARÁGRAFO 1: Este permiso queda condicionado a la adecuación de las obras de captación de tal manera que solo capte 4,62 m³/s autorizados por la Corporación en épocas donde la disponibilidad de recurso lo permita y la implementación de una estructura de control que garantice el flujo permanente de un caudal mínimo ecológico, equivalente a 1,26 m³/s

PARÁGRAFO 2: El usuario ha solicitado concesión de aguas para otros dos proyectos en la misma fuente y hasta la cota 1150, pero esta amerita que se inicien los trámites por separado.

[...]

ARTÍCULO 2º: La presente Concesión de Agua se otorga por un término de veinte cinco (sic) (25) años, contados a partir de la notificación de la presente providencia, el cual podrá ser prorrogado hasta cincuenta años, según el artículo 39 del decreto 1541 de 1978, dependiendo de que el proyecto efectivamente cumpla con su naturaleza y enmarcado con lo conceptos (sic) del desarrollo sostenible [...]

De otro lado, lo es la Resolución nro. 134-0043 de 15 de junio de 2010¹⁵, cuyos artículos más importantes de la parte resolutive son del siguiente tenor:

«[...] ARTÍCULO PRIMERO. Otorgar la empresa GENERAMOS ENERGIA S.A. ESP, con NIT 0900203772-4, representada legalmente por el señor HUGO ALBEIRO GIRALDO QUINCENO, una ampliación en el caudal otorgado mediante resolución 134-0047 del 19 de agosto de 2009 de 4,62 m³/seg, caudal a derivarse del Río Cocorná, para el proyecto de generación de energía, en la vereda San Vicente, entre los municipio (sic) de El Carmen de Viboral y Cocorná, quedando entonces un caudal Ecológico en la fuente de 2,98 m³/seg.

Parágrafo. Es de anotar que no se otorga un volumen mayor por el principio de precaución y debido a que se requiere un estudio hidrológico con un rango de tiempo mucho más amplio que permita observar de una manera más certera el comportamiento de la fuente en mención [...]

II.2.- Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

II.2.1.- Sobre la finalidad¹⁶ de las medidas cautelares la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

¹⁵ «[...] POR MEDIO DE LA CUAL SE OTORGA UNA AMPLIACIÓN DE CAUDAL [...]

“[...] Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido [...]”¹⁷.

II.2.2.- En este sentido, la Constitución Política le reconoce a la jurisdicción contencioso administrativa la potestad de suspender, provisionalmente, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, pero sólo por los motivos y con los requisitos que establezca la ley¹⁸.

II.2.3.- Cabe resaltar que uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA - Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para **«[...] proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia [...]»**.

II.2.4.- En esta última disposición (art. 229) se indica que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte -debidamente sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

¹⁶ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar también la providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “[...] se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

¹⁸ Constitución Política, artículo 238.

II.2.5.- En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.¹⁹

II.2.6.- Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

II.2.7.- En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que «[...] *podrá decretar las que considere necesarias* [...]»²⁰. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar «[...] *documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla* [...]» (Resaltado fuera del texto).

II.2.8.- Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

«[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura

¹⁹ Artículo 230 del CPACA

²⁰ Artículo 229 del CPACA

cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho [...]**²¹ (Negrillas fuera del texto).

II.2.9.- Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

«[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]»²² (Negrillas no son del texto).

II.2.10.- Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la

²¹ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²² Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: "(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad" // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA, da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: 'Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.'

cautela, a saber: **(i) fumus boni iuris**, o apariencia de buen derecho, **(ii) periculum in mora**, o perjuicio de la mora, y, **(iii)** la ponderación de intereses.

II.3.- La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado

II.3.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo²³, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231²⁴ y siguientes del CPACA.

II.3.2.- Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “[...] *evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho* [...]”²⁵.

²³ El artículo 230 del CPACA. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “una o varias de las siguientes” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “vulnerante o amenazante”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; (numeral 5) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

²⁴ “[...] Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...]” (Negrillas fuera del texto).

²⁵ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

II.3.3.- De otra parte, es preciso resaltar que el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), se tiene que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la “**manifiesta infracción de la norma invocada**”, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad, se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en, referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas²⁶.

II.3.4.- Dicho lo anterior, es menester indicar que esta Corporación, en el auto de 13 de mayo de 2015²⁷, citado anteriormente, ha señalado que:

«[...] la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio [...]».

II.3.5.- Tal visión ha sido compartida por esta Sección en el auto de 27 de agosto de 2015²⁸, en el cual subrayó lo siguiente:

«[...] En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la

²⁶ Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo CPACA, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: “Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva.” (Resaltado es del texto).

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

Doctrina denominan Fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar) [...]».

II.3.6.- Los principios y requisitos enunciados se concretan, a juicio de este Despacho, en las previsiones especiales del inciso primero del artículo 231 del CPACA para esta modalidad de cautela, sin perjuicio del análisis que para el caso en concreto deba realizar el Juez en relación con la necesidad de la urgencia de la medida cautelar.

II.3.7.- Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*«[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]» (Resaltado fuera del texto).*

II.3.8.- Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que, la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de «[...] mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto [...]»²⁹.

²⁹ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera

II.4.- El caso concreto

II.4.1.- El presente asunto se contrae a determinar si es procedente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados expedidos por Cornare, por trasgredir, en un análisis preliminar, los artículos 13, 29 y 229 de la Carta Política; los artículos 30 y 31 de la Ley 99; y el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978, en la medida en que en el procedimiento administrativo que dio lugar a la expedición de los mismos se omitió la fijación del aviso de que trata precisamente el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978.

II.4.2.- Sea lo primero indicar que el Decreto 1541 de 1978 tuvo por fin reglamentar las normas relacionadas con el recurso agua en todos sus estados, para efectos de cumplir con el artículo 2 del Decreto Ley 2811 de 18 de diciembre de 1974³⁰, que indica lo siguiente:

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

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

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

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

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1541 de 1978, la reglamentación que en ese acto administrativo se establece comprende los siguientes aspectos:

aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia". (Negritas fuera del texto).

³⁰ «[...] Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales [...].»

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

1. El dominio de las aguas, cauces y riberas, y las normas que rigen su aprovechamiento sujeto a prioridades, en orden a asegurar el desarrollo humano, económico y social, con arreglo al interés general de la comunidad.
2. La reglamentación de las aguas, ocupación de los cauces y la declaración de reservas y agotamiento, en orden a asegurar su preservación cuantitativa para garantizar la disponibilidad permanente del recurso.
3. Las restricciones y limitaciones al dominio en orden a asegurar el aprovechamiento de las aguas por todos los usuarios.
4. El régimen a que están sometidas ciertas categorías especiales de aguas.
5. Las condiciones para la construcción de obras hidráulicas que garanticen la correcta y eficiente utilización del recurso, así como la protección de los demás recursos relacionados con el agua.
6. La conservación de las aguas y sus cauces, en orden a asegurar la preservación cualitativa del recurso y a proteger los demás recursos que dependen de ella.
7. Las cargas pecuniarias en razón del uso del recurso y para asegurar su mantenimiento y conservación, así como el pago de las obras hidráulicas que se construyan en beneficio de los usuarios.
8. Las sanciones y las causales de caducidad a que haya lugar por la infracción de las normas o por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los usuarios [...].»

El mencionado decreto dispone, en su artículo 28³¹, que el derecho al uso de las aguas y de los cauces se adquiere de conformidad con el artículo 51 del Decreto Ley 2811 de 1974, esto es, por ministerio de la ley; por concesión; por permiso; y por asociación. A su turno, el artículo 30³² del mismo decreto indica que toda persona, sea natural o jurídica, pública o privada, requiere de concesión o permiso para hacer uso de las aguas públicas o sus cauces, salvo en los casos previstos en los artículos 32 y 33 de ese decreto.

³¹ «[...] **Artículo 28.** El derecho al uso de las aguas y de los cauces se adquiere de conformidad con el artículo 51 del Decreto - Ley 2811 de 1974 [...] a. Por ministerio de la ley; b. Por concesión; c. Por permiso, y d. Por asociación [...].»

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

Para el presente caso, la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P. requería de una concesión para el aprovechamiento de las aguas por así disponerlo el artículo 36 del Decreto 1541 de 1978, que señala: «[...] **Artículo 36.** *Toda persona natural o jurídica, pública o privada, requiere concesión para obtener el derecho al aprovechamiento de las aguas para los siguientes fines [...] i. Generación hidroeléctrica [...]*». Conforme con la Resolución núm. 134-0047 de 2009, la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P. solicitó a la autoridad ambiental un «[...] permiso de estudio del Río Cocorná para la **generación de energía** [...]»³³.

Siendo así las cosas, el procedimiento que debía seguirse para el otorgamiento de la concesión para el aprovechamiento de las aguas sería el establecido, principalmente, en los artículos 54 a 66 del Decreto 1541 de 1978.

II.4.3.- Siguiendo el trámite previsto en dichas normas, mediante Auto 112 – 0397 de 1 de abril de 2009³⁴, la Jefe de la División Jurídica de Cornare, María del Pilar Tobón Díaz, admitió la solicitud de concesión de aguas para generación de energía presentada por la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P., ordenando a la Unidad de Trámite de la Regional Bosques de esa entidad, la evaluación de la información allegada, emitir concepto sobre la viabilidad de otorgar la concesión y «[...] realizar una visita al lugar donde se pretende realizar la captación del recurso [...]», para lo cual, en su artículo tercero, ordenó «[...] fijar el aviso conforme lo ordena el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978 [...]». El artículo 57 del Decreto 1541 de 1978, dispone:

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

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

³³ Fol. 56, Cuaderno Principal.

³⁴ Fol. 35-36, Cuaderno Principal.

En el expediente reposa copia de un documento denominado «[...] AVISO CONCESIÓN DE AGUA [...]»³⁵, expedido por Cornare y con sello de radicación sin fecha de la Regional Bosque de esa entidad, el cual indica que la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P., a través de su representante legal, había solicitado a la autoridad ambiental, una concesión de aguas para proyectar obras para un futuro aprovechamiento de la fuerza hidráulica del Río Cocorná, proyecto que se ubicaría en la «[...] zona aledaña al cruce del Río con la Autopista y veredas aledañas de los municipios de Cocorná y El Carmen de Viboral (San Vicente) [...]». El aviso agrega:

«[...] De conformidad con el Decreto 1541 de 1978 y demás normas concordantes y vigentes, CORNARE practicará visita de inspección ocular al predio en mención, la cual se llevará a cabo el día 16 de Abril de, a las 10 AM [...] Sitio de encuentro (5): Cruce del Río Cocorná con la Autopista Medellín – Bogotá (sic) [...] Funcionario que asistirá: GUSTAVO CANO RÍOS [...] Expediente No: 05197-25-04740 [...] El presente AVISO para que las personas naturales o jurídicas que se puedan ver perjudicadas o con mejores derechos, lo hagan valer dentro del trámite de Concesión de Agua, para lo cual el AVISO estará fijado durante diez (10) días en un lugar público [...] LUGAR DE FIJACIÓN (6) Regional Bosques [...] FIJADO EN LA FECHA 01-04-2009 Diana Duque³⁶ [...] DESFIJADO EN LA FECHA 16-04-2009 Diana Duque³⁷ [...]»

En el expediente se encuentra una segunda copia de un documento denominado «[...] AVISO CONCESIÓN DE AGUA [...]»³⁸, expedido por Cornare, pero esta vez con sello de radicación en la Alcaldía Municipal de Cocorná (Antioquia) **de 16 de abril de 2009**, el cual indica que la empresa Generamos Energía S.A. E.S.P., a través de su representante legal había solicitado a la autoridad ambiental, una concesión de aguas para proyectar obras para un futuro aprovechamiento de la fuerza hidráulica del Río Cocorná, proyecto que se ubicaría en la «[...] zona aledaña al cruce del Río con la Autopista y veredas aledañas de los municipios de Cocorná y El Carmen de Viboral (San Vicente) [...]». El aviso tiene el mismo contenido que el anterior.

El «[...] INFORME TÉCNICO PARA CONCESIONES DE AGUA [...]», identificado con el radicado núm. 1340136³⁹, rendido el 29 de julio de 2009, suscrito por el Biólogo adscrito a la Regional Bosques de la autoridad ambiental, Jesús David

³⁵ Fol. 38, Cuaderno Principal.

³⁶ Podría tratarse de una firma.

³⁷ Podría tratarse de una firma.

³⁸ Fol. 39, Cuaderno Principal.

³⁹ Fol. 43-55, Cuaderno Principal.



Echeverry López, con el visto bueno del Director Regional Bosques de esta misma autoridad, indica que los avisos previstos en la ley se fijaron en la Alcaldía Municipal de Cocorná y en la sede de Cornare en la Regional Bosques, el 1 de abril de 2009, siendo desfijados el 16 de abril, fecha de la visita técnica, sin que se hubiesen presentado opositores al trámite. El informe textualmente indica:

«[...] En atención al trámite de concesión de aguas se fijó el aviso de Ley en la Alcaldía Municipal de Cocorná y en la sede de Cornare en La Regional Bosques el día 1 de abril de 2009 y fue desfijado el 16 de abril, día de la visita técnica, sin que se hubiesen presentado opositores al trámite. Posteriormente, el 30 de abril de 2009 se realizó visita ocular al área de influencia del proyecto a la cual asistieron en representación de la parte interesada Jaime Andrés Cuartas Cardona, Edwar Sieggert, Alejandro Aguilar Amaya de la empresas (sic) HMV Ingenieros, León Darío Orozco de la empresa GENERAMOS ENERGÍA y José Fernando López Ortiz y Gustavo Cano por parte de CORNARE. Los representantes de la empresa HMV Ingenieros, expusieron que su presencia obedecía a la intención que tenía de conocer cuan eran los alcances de la concesión de aguas, porque ellos estaban tramitando otra en el sector, pero que corroboraron que este trámite no interfería con el de su interés [...].»

La Resolución 134-0047 de 2009 da cuenta que la solicitud de concesión fue admitida mediante Auto 112-0397 de 2009, autorizándose dar «[...] inicio al trámite de concesión de aguas **y ordena realizar la respectiva visita técnica al sitio de interés y fijar los avisos de Ley** [...]»⁴⁰. Asimismo, el acto administrativo subrayó que «[...] de acuerdo a lo antes mencionado, **y luego de haberse dado los avisos de ley**, se procede a efectuar la respectiva visita el 16 de abril de 2009 al lugar mencionado, producto de la cual se elaboró el Informe Técnico No. 134-0136 del 29 de julio de 2009 [...]»⁴¹.

Como se observa, contrario a lo expuesto en el informe técnico y en el acto administrativo, la autoridad administrativa no dio estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978, en la medida en que no consta que la autoridad ambiental hubiera hecho fijar en lugar público de las alcaldías o inspecciones de las localidades correspondientes al sitio de interés, esto es, en donde se desarrollará el proyecto, los avisos previstos en la norma con diez (10) días de anticipación a la práctica de la visita.

De acuerdo con la Resolución 134-0047 de 19 de agosto de 2009, el proyecto hidroeléctrico se ubicaría entre los municipios de El Carmen de Viboral y Cocorná,

⁴⁰ Fol. 57, Cuaderno Principal.

⁴¹ Fol. 57, Cuaderno Principal.

lo cual coincide con lo señalado en los avisos a los que se ha hecho referencia, que indican que el proyecto se desarrollaría «[...] *en la zona aledaña al cruce del Río con la Autopista y veredas aledañas de los **municipios de Cocorná y El Carmen de Viboral (San Vicente)*** [...]», por lo que los avisos de que trata la mencionada disposición reglamentaria, debieron haberse fijado en las alcaldías o inspecciones de los dos municipios.

Nótese cómo el aviso que reposa al folio 39 del cuaderno principal, fue recibido en la Alcaldía Municipal de Cocorná (Antioquia) el mismo día en que se llevaría a cabo la inspección al lugar en donde se desarrollaría el proyecto, lo que quiere decir que no se cumplió el término previsto para su fijación. Además, no obra el aviso correspondiente dirigido a la Alcaldía o Inspección del Municipio de Carmen de Viboral (Antioquia).

La norma dispone la fijación de dichos avisos tiene como propósito el que «[...] *las personas que se crean con derecho a intervenir puedan hacerlo* [...]» e igualmente le permite a las personas con derecho o interés legítimo, la posibilidad de oponerse a que se otorgue la concesión, oposición que se puede hacer valer antes de la visita ocular o durante esta diligencia, según lo dispone el artículo 60 del Decreto 1541 de 1978, de ahí que la omisión de la autoridad ambiental haya originado la trasgresión del derecho fundamental al debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Carta Política, el cual debe ser aplicado en todas las actuaciones administrativas y judiciales.

La Corte Constitucional⁴², en relación con el debido proceso en los procedimientos administrativos, ha explicado que las garantías que integran este derecho son, entre otras:

«[...] “i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) a ser notificado en debida forma; iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; ix) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y a xii) promover la

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-324 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.



Radicación: 11001 03 24 000 2013 00346 00
Demandante: LUÍS FERNANDO MADRIGAL GONZÁLEZ
Demandado: CORNARE

nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso”.⁴³ [...]».

La omisión en la fijación de los avisos produce, entonces, que las personas que se creían con derecho a intervenir no pudieran hacerlo y, en esa medida, no pudieron ser oídos durante el trámite administrativo, lo que, se reitera, produjo el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso.

De esta situación da cuenta el informe técnico elaborado por la autoridad ambiental, en el que se indica que: «[...] *En atención al trámite de concesión de aguas se fijó el aviso de Ley en la Alcaldía Municipal de Cocorná y en la sede de Cornare en La Regional Bosques el día 1 de abril de 2009 y fue desfijado el 16 de abril, día de la visita técnica, **sin que se hubiesen presentado opositores al trámite** [...]».*

II.4.4.- De otro lado, el despacho no ha evidenciado la trasgresión de los artículos 13 y 229 de la Carta Política. Frente al artículo 13, es menester indicar que no nos encontramos ante una situación de discriminación por parte de la autoridad ambiental como lo sugiere el demandante sino del desconocimiento de una formalidad prevista dentro del trámite administrativo la cual es necesaria para decidir si se otorga o no la concesión de aguas solicitadas.

En lo que tiene que ver con el artículo 229 de la Carta Política que regula el derecho de acceso a la administración de justicia, no puede considerarse que la omisión denunciada por la parte demandante haya tenido por efecto no permitir que se acuda ante los jueces de la República y, por el contrario, eso es precisamente lo que ha hecho, presentando esta demanda en ejercicio del medio de control de nulidad.

Respecto de los artículos 30 y 31 de la Ley 99, es menester indicar que regulan, de un lado, el objeto de las Corporaciones Autónomas Regionales y, por el otro, las funciones que la ley les asigna. Ahora bien, el hecho de que Cornare, en el ejercicio de sus funciones, haya incurrido en la violación de los artículos 29 de la Carta Política y 57 del Decreto 1541 de 1978, no implica en modo alguno que se hayan desconocido los objetivos y funciones previstas en dichas normas.

⁴³ Ver, sentencias C-248 de 2013 (MP. Mauricio González Cuervo), C-085 de 2014 (MP. Alberto Rojas Ríos) y C-929 de 2014 (MP. Mauricio González Cuervo).



II.5.- Conclusiones

Del análisis de las normas violadas con lo dispuesto en la Resolución 1340047 de 19 de agosto de 2009 y las pruebas arrimadas al expediente, este despacho encontró, en esta etapa inicial del proceso, que Cornare no dio cumplimiento a las formalidades que la ley exige para su expedición, en particular, omitió la fijación de los avisos con diez (10) días de anticipación a la práctica de la visita ocular que debe practicar la autoridad ambiental en el trámite para el otorgamiento de concesiones para la utilización del agua, lo cual se encuentra previsto en el artículo 57 del Decreto 1541 de 1978.

Los argumentos expuestos por el demandante no se dirigen a cuestionar la Resolución 134-0043 de 15 de junio de 2010.

En atención a que la finalidad de fijar esos avisos con la anticipación mencionada en la norma resulta ser que las personas que se crean con derecho a intervenir lo puedan hacer, su omisión desconoce el artículo 29 de la Carta Política en la medida en que aquellas personas no pudieron ser oídas durante el trámite administrativo, lo cual constituye una de las garantías integrantes del debido proceso, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional.

El despacho no ha evidenciado la trasgresión de los artículos 13 y 229 de la Carta Política, ni de los artículos 30 y 31 de la Ley 99.

En mérito de lo expuesto, el Consejero Ponente de la Sección Primera del Consejo de Estado, en Sala Unitaria,

RESUELVE:

PRIMERO: SUSPENDER provisionalmente los efectos jurídicos de la Resolución nro. 1340047 de 19 de agosto de 2009, expedida por el Director Regional de Bosques de la Corporación Autónoma Regional Rionegro - Nare, por medio del cual se otorgó una concesión de aguas a la sociedad Generamos Energía S.A. E.S.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



Radicación: 11001 03 24 000 2013 00346 00
Demandante: LUÍS FERNANDO MADRIGAL GONZÁLEZ
Demandado: CORNARE

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado