

FUENTES DE AGUA-Uso y normas aplicables / AGUAS DE DOMINIO PUBLICO-Uso se encuentra sujeto a concesión / AGUAS SUBTERRANEAS-Uso requiere de concesión / CONCESION DEL USO DE AGUAS DE DOMINIO PUBLICO-Regla general y excepciones

El dominio privado de fuentes de agua es un hecho excepcional, ya que es necesario que nazcan en el mismo predio y se evaporen o filtren en él; de no ser así, se entiende que son de dominio del Estado. En el presente caso, era ineludible establecer la naturaleza del dominio de las aguas del manantial de los predios de El Reposo. Hay que determinar, en primer lugar, de acuerdo a las pruebas que obran en el proceso, la ubicación del nacimiento de las aguas y hacia donde fluye su cauce. Del material probatorio, se deduce que las aguas del manantial nacen en depósitos subterráneos ubicados en la Loma de los Bañaderos, por fuera de los predios de El Reposo, que salen a la superficie en los terrenos de El Reposo Uno. Dichas aguas circulan en los dos predios, que tienen diferentes propietarios, El Reposo Dos es propiedad del demandante, por lo que se puede concluir, sin duda, que las aguas del manantial son de dominio público. En éste depósito también nacen las aguas del arroyo Aguas Blancas, donde se construyó la represa objeto de litigio. La regla general para el uso de aguas de esta categoría, se encuentra establecida en el artículo 86 del [decreto 2811 de 1974](#). Otro uso diferente de las aguas de dominio público se encuentra sujeto a concesión. Así lo prescribe el artículo 88 del mismo [decreto 2811 de 1974](#), en el que se determina que "Salvo disposiciones especiales, sólo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión" y que ésta se encontrará "sujeta a las disponibilidades del recurso y a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destina", según lo dispone el artículo 89 de la misma norma. Lo anterior, lo complementa el artículo octavo del [decreto 1541 de 1978](#), que ordena lo siguiente: "No se pueden derivar aguas de fuentes o depósitos de aguas de dominio público, ni usarlas para ningún objeto, sino con arreglo a las disposiciones del [Decreto Ley 2811 de 1974](#) y del presente reglamento." En el presente caso, se trata de depósitos de aguas subterráneas, cuyo uso se encuentra sometido a un régimen especial, ya que el manantial que sale a la superficie en El Reposo Uno, es de esa naturaleza, como se puede colegir del artículo 149 del [decreto 2811 de 1974](#). El uso de aguas subterráneas requiere de concesión, así lo ordena el artículo 155 del [decreto 1541 de 1978](#). La única variación en la reglamentación de las concesiones, hasta el presente, ha sido la competencia para concederlas, que pasó del Inderena a las corporaciones autónomas regionales, en este caso Corpoguajira, según lo establecido en numeral noveno del artículo 31 de la [ley 99 de 1999](#). Las normas citadas establecen un régimen especial para el uso de aguas de dominio público, cuya regla general predica que pueden ser utilizadas para el consumo doméstico; para otro tipo de usos, como el agrícola, industrial, minero o energético se requiere de una concesión por parte del Estado, quien establece la cantidad, las condiciones y los límites de su utilización. Respecto de las aguas subterráneas esa regulación no varía. En el presente caso, no se probó que existiera concesión para el uso de las aguas del manantial en los predios El Reposo Uno y Dos. Lo anterior significa que el posible daño causado por la construcción de la represa en el arroyo Aguas Blancas, se limitaba a los perjuicios causados en el uso doméstico de las aguas; otro tipo de utilización debía estar previamente autorizada mediante concesión. Se concluye, entonces, que la disminución del caudal del manantial de los predios de El Reposo Uno y Dos, no afectó el consumo doméstico de aguas en dichos terrenos, por lo que no se configuró el daño reclamado en la demanda.

Sentencia 0096(12492) de 02/09/26, Ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Actor: ANGEL ENRIQUE PELÁEZ , Demandado: MUNICIPIO DE BARRANCAS

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002)

Radicación número: 44001-23-31-000-1992-0096-01 (12492)

Actor: ANGEL ENRIQUE PELÁEZ

Demandado: MUNICIPIO DE BARRANCAS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, Municipio de Barrancas, contra la sentencia de primero de agosto de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante la cual se decidió lo siguiente:

"6.1. Declarar no probadas las excepciones de: Caducidad, vencimiento del término del contrato; el demandante no propietario ni poseedor del cauce del Arroyo y la de Inepta Demanda, propuestas por el señor apoderado de la demandada.

"6.2. Declarar no probada la objeción por error grave propuesta por el señor apoderado de la demandada.

"6.3. Declarar administrativamente responsable al municipio de Barrancas (Guajira), por los daños y perjuicios ocasionados al actor, por la construcción de un (sic) represa en el Arroyo "Aguas Blancas", en el Paraje la Cruz, Corregimiento de Hato Nuevo, Municipio de Barrancas, lo cual ocasionó disminución del caudal de agua en el Manantial de la finca el Reposo de propiedad del señor ÁNGEL ENRIQUE PELÁEZ.

"6.4. Como consecuencia de la declaración que antecede, condénase en abstracto al Municipio de Barrancas (Guajira), a pagar al señor ÁNGEL ENRIQUE ORTIZ PELÁEZ, los perjuicios materiales ocasionados; los cuales se liquidarán siguiendo para ello el trámite incidental que deberá formularse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de éste fallo, con aplicación de los artículos 172 del C.C.A., 119, 120 y 135 del C.P.C., y con sujeción a las pautas fijadas en las consideraciones de éste proveído.

"6.5. La condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"6.6. En caso de no ser apelada la presente providencia, consúltese con el superior (folios 333 y 334, cuaderno 1).

I. ANTECEDENTES:

1. Mediante demanda presentada el 10 de abril de 1992, Ángel Enrique Ortiz Peláez, por medio de apoderado, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable al municipio de Barrancas de los perjuicios causados por la disminución del caudal de agua en el manantial de sus fincas "El Reposo N° 1" y "El Reposo N° 2", ocasionada por la sedimentación del arroyo Aguas Blancas, el 10 de agosto de 1990, en el sitio donde el municipio construyó una represa.

Como consecuencia de esta declaración, pidió que se condenara al demandado a pagar, en su favor, por concepto de perjuicios morales y materiales, la suma de \$1.081.112.800.00 (folios 2 a 16, cuaderno 1).

2. En apoyo de sus pretensiones, el demandante relató que el municipio de Barrancas contrató la construcción de una represa en el arroyo Aguas Blancas, en jurisdicción del corregimiento de Hato Nuevo. La obra fue realizada sin la correspondiente autorización de Corpoguajira o el Inderena, como lo exigía el Código Nacional de Recursos Naturales. El demandante era el propietario de los predios El Reposo N° 1 y El Reposo N° 2, en este último nacía un manantial, que se utilizaba en la explotación económica de los terrenos. En el sitio donde se encontraba la presa y la parte baja manantial, conocido como "Loma de los Bañaderos", compartían una fuente de agua, en parte superficial y en parte subterránea. El 10 de agosto de 1990, el arroyo Aguas Blancas se sedimentó en el sitio donde fue construida la represa, lo que generó una notable disminución del caudal del manantial ubicado en el predio del actor, hasta su extinción, afectando la utilización del terreno en su explotación económica y el consumo doméstico. Por lo anterior, el demandante tuvo que pedir concesión de aguas a Corpoguajira para derivarlas por gravedad desde el arroyo Aguas Blancas, la que fue otorgada mediante resolución 927 de 19 de junio de 1991 (folios 3 a 6, cuaderno 1).

3. La demanda fue admitida por auto de 16 de mayo de 1992 (folios 83 y 84, cuaderno 1).

4. El municipio de Barrancas, en la contestación de la demanda, manifestó que la construcción de la represa concluyó el 20 de diciembre de 1989; a partir de esa fecha debía contarse el término de caducidad, ya que cesó toda acción de la administración, por lo que al presentarse la demanda en abril de 1992, éste se encontraba más que vencido. Agregó que, en la época de los hechos, se presentó una intensa sequía en el municipio, que trajo como consecuencia la disminución del cauce de los ríos y aún de los manantiales. Por otra

parte, con anterioridad se había construido dos represas que estaban más cerca del manantial. Así mismo, era imposible determinar técnicamente el lugar donde se originan las aguas subterráneas, e inferir, como se hace en la demanda, que la represa lo taponó. No le constaba el secamiento del manantial, ni los perjuicios ocasionados, y menos aún se podía establecer la relación de causalidad con la construcción de la represa. El arroyo Aguas Blancas es un bien de uso público y no se sabía si el manantial era de propiedad del demandante (folios 93 a 105, cuaderno 1).

5. Practicadas las pruebas decretadas mediante autos de nueve de julio de 1992 y de seis de agosto siguiente (folios 121 a 123, cuaderno 1) y fracasados varios intentos de conciliación (folio 21 a 26, 262 a 264, 303 a 305, cuaderno 1) se corrió traslado común a las partes para presentar alegatos de conclusión (folio 264, cuaderno 1).

El apoderado del demandante manifestó que la causa del secamiento del manantial de la finca El Reposo fue la sedimentación del arroyo Aguas Blancas, el 10 de agosto de 1990, a la altura de la represa construida por el municipio de Barrancas. El demandado no solo incurrió en culpa grave al construir la represa sino que lo hizo con mala fe, ya que, para ejecutar la obra, era su deber solicitar permiso a las autoridades encargadas del manejo del medio ambiente, y realizar los estudios de impacto ecológico, económico y social de la obra, para prevenir posibles daños (folios 266 a 270, cuaderno 1).

El apoderado del municipio de Barrancas manifestó que no fueron probados los perjuicios reclamados en la demanda; el dictamen pericial practicado en el proceso no permitió establecer la relación entre la construcción de la represa y el secamiento del manantial en el predio del actor, ya que es incongruente y vacilante; insiste en que las causas del evento pudieron ser varias. Señaló que la acción se encontraba caducada, además, no se encontraba probado el torrencial aguacero de 10 de diciembre de 1990, cuando supuestamente se causó el daño (folios 272 a 275, cuaderno 1).

El representante del Ministerio Público manifestó que el demandante sufrió graves perjuicios, en su patrimonio, por la disminución del caudal de manantial que brota en el predio de su propiedad, el cual se relacionaba con la sedimentación del arroyo Aguas Blancas, el 10 de diciembre de 1990, en la represa construida por el demandado; así lo establecieron los dictámenes periciales, y no lo desvirtuó el demandado. Señaló que tanto las aguas del arroyo Aguas Blancas, como las del manantial de la finca El Reposo, eran de uso público. El uso de estas debía hacerse sin alterar su ambiente y siempre que con ello no se causaran perjuicios a terceros. El cauce de las aguas, su régimen, calidad o uso legítimo solo se podía alterar cuando mediara permiso de autoridad competente. Al Estado corresponde el control y la supervigilancia sobre el uso y goce de estos bienes por los particulares, a través de organismos como Corpoguajira. Al construir la represa el municipio quebrantó los reglamentos existentes sobre regulación de aguas, toda vez que actuó sin el permiso o concesión del Inderena o Corpoguajira. Se probó que la represa se construyó sin la autorización de ninguna de estas dos entidades. Al existir la relación de causalidad con el daño causado, se impone la condena al demandado, aunque considera que la indemnización solicitada es exagerada (folios 281 a 286, cuaderno 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia dictada el primero de agosto de 1996, el Tribunal Administrativo de La Guajira accedió a las pretensiones de la demanda. El *a quo* rechazó la excepción de caducidad al considerar que la demanda fue presentada dentro de los dos años posteriores al hecho que generó el daño, ocurrido el 10 de agosto de 1990. Encontró plenamente probado en el proceso que el municipio de Barrancas construyó una represa en el arroyo Aguas Blancas, en el corregimiento Hato Nuevo, donde se encuentra ubicado el predio del actor. La obra fue construida sin haber realizado el estudio de impacto ambiental y sin licencia o permiso para hacerlo. También encontró demostrada la propiedad del actor de los predios Reposo Uno y Dos y la preexistencia del manantial que corría por ellos, el cual era utilizado para consumo humano y explotación ganadera y agrícola. El 10 de agosto de 1990, la represa construida por el municipio se sedimentó, después de un fuerte aguacero, produciendo el taponamiento de los conductos o acuíferos que se conectaban con el manantial existente en la finca el Reposo Uno, generando el secamiento del mismo, lo que no había sucedido antes con la construcción de otras dos represas, ni en épocas de invierno o verano intenso. En las reclamaciones realizadas por actor ante la administración municipal se practicó un dictamen pericial en el que se estableció la relación de causalidad entre la construcción de la represa, su sedimentación y la disminución del manantial de la finca el Reposo, lo que demostraba que la construcción de la obra fue la causante directa del daño. Demostrada la responsabilidad de la administración, el Tribunal negó la indemnización por perjuicios morales y respecto de los perjuicios materiales condenó en abstracto (folios (folios 310 a 335, cuaderno 1).

Uno de los magistrados del Tribunal salvó el voto; en su opinión la acción de nulidad y restablecimiento del derecho era la indicada, por haberse decidido el asunto por la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (Corpoguajira), mediante resolución que rechazó la queja del actor contra el municipio de Barrancas y el Himat, por la construcción de dos represas en el arroyo Aguas Blancas, por lo que se debió dictar una decisión inhibitoria. De otra parte, en la demanda se dejó entrever que el manantial del predio del actor es de dominio privado; sin embargo, debe tenerse en cuenta que los artículos 83 y 84 del [decreto 2811 de 1974](#) precisan que la adjudicación de un baldío no comprende la propiedad de aguas y cauces que son de dominio público, las cuales incluyen los estratos y depósitos subterráneos. Además, el predio no quedó desprovisto de agua como lo afirma el actor, pues se dio una concesión de aguas, el 19 de junio de 1991, del arroyo Aguas Blancas. El manantial del actor, por ser aprovechamiento de aguas subterráneas, requería de concesión para ser utilizado con fines económicos, y solo podía hacerlo con fines de uso doméstico. No se podía acceder a la indemnización pretendida, pues se fundamentaba en usos para los cuales no estaba autorizado el actor, de lo contrario sería prohijar la utilización de aguas de uso público de forma ilícita (folios 335 a 340, cuaderno 1).

III. RECURSO DE APELACIÓN:

El demandado interpuso recurso de apelación (folio 342, cuaderno 1). En la sustentación del recurso insistió en la caducidad de la acción. Señaló que el Tribunal, únicamente con lo afirmado en la demanda, aceptó que las aguas del manantial ubicado en los predios El Reposo eran de dominio privado. Sin embargo, en la inspección judicial realizada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Barrancas se constató que el manantial

nacía en el predio y desembocaba en el arroyo Aguas Blancas, por lo que se trataría de un bien de uso público. Por esa razón, solo podía utilizar las aguas de dicho manantial para uso doméstico y para usos de otra clase requería de concesión. Sin ésta, no era posible establecer el daño causado por el uso industrial o agrícola de las aguas, pues no se encontraban debidamente autorizados. Agregó que en el folio de matrícula inmobiliaria del predio El Reposo Uno figura como propietario Intercor-Carbocol, en donde, según el dictamen practicado en el proceso, nacía el manantial afectado por la represa construida en el arroyo Aguas Blancas. No es posible que demandante solicite la indemnización por algo que no es siquiera suyo (folios 349 a 358, cuaderno 1).

El recurso fue concedido el 22 de agosto de 1996 y admitido el 21 de febrero de 1997 (folios 343 y, cuaderno 1).

Fracasada la audiencia de conciliación en la presente instancia, se dio traslado a las partes para alegar de conclusión (folios 368, 369 y 371, cuaderno 1).

El apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia, por encontrarse debidamente probada la responsabilidad de la administración (folio 373, cuaderno 1).

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES:

La Sala revocará la sentencia apelada por cuanto el demandante no probó la condición de propietario de uno de los predios afectados y por no configurarse el daño reclamado, ya que la disminución del caudal del manantial en los predios El Reposo Uno y Dos, no afectó el consumo doméstico de las aguas, que era el único autorizado por la ley. No existía concesión que autorizara otro tipo de usos.

1. En la primera pretensión de la demanda se reclaman los perjuicios causados al actor "por la disminución del caudal de agua en el manantial de sus fincas "El Reposo N° 1" y "El Reposo N° 2", en el hecho cuarto del mismo escrito afirma que es propietario y poseedor de dichos predios (folios 2 y 3, cuaderno 1). Sobre la propiedad de dichos inmueble se tiene lo siguiente:

a. El predio El Reposo Uno fue adjudicado a Ángel Enrique Ortiz mediante resolución 10475 del Incora, el cinco de octubre de 1965, con una extensión de 198 hectáreas y 7.000 metros cuadrados (folios 45 a 50, cuaderno 1).

b. El 21 de diciembre de 1983, mediante escritura N° 194 de la Notaría Única de Barrancas, Ángel Enrique Ortiz Peláez desenglobó los terrenos de El Reposo Uno, el cual dividió en El Reposo 1A, de 178 hectáreas y 2044 metros cuadrados, y El Reposo 1B, de 20 hectáreas y 4.956 metros cuadrados. En el mismo instrumento el demandante hace la siguiente declaración:

"CUARTO: Que por medio de este público instrumento transfiere a título de venta real y efectiva a favor de las sociedades INTERNACIONAL RESOURCES

CORPORATION "INTERCOR" y CARBONES DE COLOMBIA S.A."CARBOCOL", el derecho de dominio y la posesión que el exponente tiene sobre el predio EL REPOSO 1A..." (folio 399, cuaderno 1).

c. En el folio de matrícula inmobiliaria del predio El Reposo 1A figura como propietaria de los terrenos la empresa Carbocol-Intercor, mediante anotación de la citada escritura pública, realizada el 26 de abril de 1984, por compraventa de Ángel Enrique Ortiz Peláez. La copia de dicho documento fue aportada por la oficina de Instrumentos Públicos de Riohacha, el nueve de diciembre de 1992 (folio 231, cuaderno 1).

d. Del predio El Reposo 1B, se tiene una certificación catastral en la que figura inscrito el señor Ángel Enrique Ortiz Peláez (folio 395, cuaderno 1).

e. Respecto del predio El Reposo Dos, se aportó con la demanda un certificado del registrador de instrumentos públicos de Riohacha, de 6 de agosto de 1971, en el que se manifestó que había sido adjudicado por el Incora a Ángel Enrique Ortiz, mediante resolución 07144, de 14 de julio de 1965, con una extensión de 197 hectáreas (folio 44, cuaderno 1).

f. En el folio de matrícula inmobiliaria del predio El Reposo Dos, figura como propietario Ángel Enrique Ortiz Peláez, a partir de la adjudicación del inmueble, mediante resolución 07144, de 14 de julio de 1965. La copia proviene de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riohacha, el 27 de agosto de 1992 (folio 170, cuaderno 1).

g. También fue aportada la certificación catastral del mismo predio, en la que figura inscrito Ángel Enrique Ortiz Peláez (folio 396, cuaderno 1).

De lo anterior se concluye que el actor únicamente probó la propiedad del predio El Reposo Dos. Además, se encuentra plenamente establecido que no es propietario de El Reposo 1A, el cual vendió a la firma Intercor-Carbocol, desde 1983, mucho antes de presentarse los hechos que dieron lugar a la demanda, por lo que carecía de legitimidad para reclamar los posibles perjuicios causados por el demandado. Por último, no comprobó la condición de propietario de El Reposo 1B, cuando debía hacerlo, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, ya que por tratarse de un bien inmueble era necesario aportar el respectivo registro en la oficina de instrumentos públicos para acreditar el dominio del predio, como lo establecen los artículos 756 de Código Civil y segundo del [decreto 1250 de 1970](#), documento público que no puede ser sustituido por ninguno otro, como lo prescribe el artículo 265 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de un requisito *ad substantiam actus*.

2. En la demanda se afirma que el manantial afectado nace en el predio El Reposo N° 2, y que por la sedimentación del arroyo Aguas Blancas, el 10 de abril de 1990, "el caudal de aguas del manantial ubicado en el predio "El Reposo" disminuyó notablemente hasta el punto de que no corrió más, impidiendo su utilización en abrevadero de animales, aprovechamiento agropecuario, y consumo humano" (folio 4, cuaderno 1). El Tribunal asumió como un hecho obvio que el manantial pertenecía a la finca El Reposo. No se tomó

en cuenta que el dominio y aprovechamiento de fuentes de agua se encuentra sometido a un régimen legal especial.

En efecto, el Tribunal, teniendo como único fundamento lo afirmado en la demanda, consideró que el manantial era del dominio privado del demandante y que por lo tanto podía beneficiarse de él de manera ilimitada, lo que lo condujo a concluir que los posibles perjuicios causados por la disminución de su cauce debían ser indemnizados en su totalidad. Sin embargo, era preciso, inicialmente, establecer si el manantial era de carácter privado o público, conforme a lo dispuesto en el artículo 677 del Código Civil, que determina lo siguiente:

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

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

Del inciso anterior, precisa su contenido el artículo 81 del [decreto 2811 de 1974](#), de la siguiente forma:

"De acuerdo con el artículo 677 del Código Civil, se entiende que un agua nace y muere en una misma heredad^[1] cuando brota naturalmente a su superficie y se evapora o desaparece bajo la superficie de la misma heredad."

El artículo 18 del [decreto 1541 de 1978](#) aclara aun más la determinación de aguas de dominio privado:

"De acuerdo con los artículos 81 del [Decreto Ley 2811 de 1974](#) y 677 del Código Civil, son aguas privadas las que nacen y mueren en una heredad, brotando naturalmente a la superficie dentro de la heredad y evaporándose por completo o desapareciendo bajo la superficie por infiltración, dentro de la misma y siempre que su dominio privado no se haya extinguido conforme al artículo 82 del [Decreto Ley 2811 de 1974](#). No son aguas privadas, por tanto, las que salen de la heredad o confluyen a otro curso o depósito que sale o se extiende fuera de la heredad de nacimiento."

Sobre las aguas de dominio público, el artículo 80 del [Decreto 2811 de 1974](#), establece lo siguiente:

"Sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles.

"Cuando en este código se hable de aguas sin otra calificación, se deberán entender las de dominio público."

Lo mismo establece el artículo cuarto del [decreto 1541 de 1978](#). El artículo 83 del mismo [decreto 2811 de 1974](#), precisa cuales son las fuentes de agua de dominio público:

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

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

Lo mismo precisa el artículo quinto del artículo 1541 de 1978:

"Son aguas de uso público:

- a) Los ríos y todas las aguas que corran por cauces naturales de modo permanente o no;
- b) Las aguas que corran por cauces artificiales que hayan sido derivadas de un cauce natural;
- c) Los lagos, lagunas, ciénagas y pantanos;
- d) Las aguas que están en la atmósfera;
- e) Las corrientes y depósitos de aguas subterráneas;
- f) Las aguas lluvias;
- g) Las aguas privadas que no sean usadas por tres (3) años consecutivos a partir de la vigencia del [Decreto Ley 2811 de 1974](#), cuando así se declare mediante providencia del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, previo el trámite previsto en este decreto, y
- h) Las demás aguas, en todos sus estados y formas, a que se refiere el artículo 77 del [Decreto Ley 2811 de 1974](#)^[1]

, siempre y cuando no nazcan y mueran dentro del mismo predio" (subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, es claro que el dominio privado de fuentes de agua es un hecho excepcional, ya que es necesario que nazcan en el mismo predio y se evaporen o filtren en él; de no ser así, se entiende que son de dominio del Estado. En el presente caso, era ineludible establecer la naturaleza del dominio de las aguas del manantial de los predios de El Reposo. Hay que determinar, en primer lugar, de acuerdo a las pruebas que obran en

el proceso, la ubicación del nacimiento de las aguas y hacia donde fluye su cauce. En el dictamen pericial, practicado en la primera instancia del proceso, se describe la ubicación del manantial de la siguiente forma:

"El manantial está localizado en el paraje "La Cruz", finca el Reposo, de propiedad de Ángel Enrique Ortiz Peláez; limita por el norte con baldíos nacionales, carretera nacional en medio, que de barrancas conduce a Cuestecitas; por el sur con predios de El Reposo II, con el arroyo Aguas Blancas y predios de Intercor; por el oeste con la carretera nacional" (folio 4, primer dictamen pericial).

En cuanto al nacimiento de las aguas del manantial, el mismo dictamen señaló lo siguiente:

"La fractura ubicada aguas abajo, aproximadamente 50 metros de la represa construida por Fabián Fragoso, infiltra aguas superficiales del arroyo Aguas Blancas al Acuífero^[1] Freático^[1] y este a su vez alumbraba aguas subterráneas en el manantial de la Finca El Reposo I, pero cuando existía la comunicación hidrogeológica con el acuífero confinado, la fractura funcionaba como nacedero alumbrando aguas subterráneas al manantial de la finca El Reposo I" (folio 17, primer dictamen pericial).

En el mismo dictamen señaló lo siguiente sobre este punto:

"A pocos metros del piedemonte de la sierra "Loma de los Bañaderos", nace el manantial del arroyo Aguas Blancas, que se alimenta de un acuífero confinado que tiene comunicación hidrogeológica mediante fractura ubicada aguas abajo, aproximadamente 50 metros de la represa construida por Fabián Fragoso, con un acuífero freático que alumbraba aguas subterráneas al manantial de la finca El Reposo I"(folio 20, primer dictamen pericial).

En el segundo dictamen, practicado en la presente instancia, se describe la ubicación del manantial:

"El manantial esta encerrado en un muro de tres (3) por tres (3) metros, nace de lo profundo de la superficie, sale por un orificio de seis (6) pulgadas, recorre unos veinte metros (20 mts) por el piso y conduce a una especie de dársena o embalse que sirve como almacenamiento para regar la finca. El manantial se halla por debajo de la cota de 200 m.s.n.m.. El origen del agua de este manantial aunque no se conoce con exactitud, ni su zona de alimentación o de recarga, se puede inferir que es de la corriente del agua del Arroyo Aguas Blancas " (folio 383 y 384, cuaderno 1).

Sobre el nacimiento de las aguas del manantial, en el mismo dictamen, se dice lo siguiente:

"No obstante lo anterior, desde el punto de vista hidrogeológico, por estar conformada geológicamente la Loma de los Bañaderos por calizas en las cuales el agua subterránea fluye por grietas, cavernas sinuosas, conductos por disolución, y de acuerdo al sitio

donde brota el agua subterránea, que alimenta el arroyo aguas Blancas, se puede inferir que existe una comunicación hidráulica subterránea y de recarga para el manantial por estar a menor altura (por debajo de 200 m.n.s.m.), y a una distancia aproximada de 1750 metros, dado que no existe agua en ningún otro sitio en la parte alta de la Loma de Los Bañaderos" (folio 385, cuaderno 1).

De lo anterior se deduce que las aguas del manantial nacen en depósitos subterráneos ubicados en la Loma de los Bañaderos, por fuera de los predios de El Reposo, que salen a la superficie en los terrenos de El Reposo Uno. Dichas aguas circulan en los dos predios, que tienen diferentes propietarios, El Reposo Dos es propiedad del demandante, por lo que se puede concluir, sin duda, que las aguas del manantial son de dominio público. En éste depósito también nacen las aguas del arroyo Aguas Blancas, donde se construyó la represa objeto de litigio.

La regla general para el uso de aguas de esta categoría, se encuentra establecida en el artículo 86 del [decreto 2811 de 1974](#):

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

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

"Cuando para el ejercicio de este derecho se requiera transitar por predios ajenos, se deberá imponer la correspondiente servidumbre."

Otro uso diferente de las aguas de dominio público se encuentra sujeto a concesión. Así lo prescribe el artículo 88 del mismo [decreto 2811 de 1974](#), en el que se determina que "Salvo disposiciones especiales, sólo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión" y que ésta se encontrará "sujeta a las disponibilidades del recurso y a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destina", según lo dispone el artículo 89 de la misma norma. Lo anterior, lo complementa el artículo octavo del [decreto 1541 de 1978](#), que ordena lo siguiente: "No se pueden derivar aguas de fuentes o depósitos de aguas de dominio público, ni usarlas para ningún objeto, sino con arreglo a las disposiciones del [Decreto Ley 2811 de 1974](#) y del presente reglamento."

En el presente caso, se trata de depósitos de aguas subterráneas, cuyo uso se encuentra sometido a un régimen especial, ya que el manantial que sale a la superficie en El Reposo Uno, es de esa naturaleza, como se puede colegir del artículo 149 del [decreto 2811 de 1974](#):

"Para los efectos de este título, se entiende por aguas subterráneas las subálveas^[1] y las ocultas debajo de la superficie del suelo o del fondo marítimo que brotan en forma natural, como las fuentes y manantiales captados en el sitio de afloramiento o las que requieren para su alumbramiento obras como pozos, galerías filtrantes y otras similares."

El uso de aguas subterráneas requiere de concesión, así lo ordena el artículo 155 del [decreto 1541 de 1978](#):

"Los aprovechamientos de aguas subterráneas, tanto en predios propios como ajenos, requieren concesión del Inderena, con excepción de los que se utilicen para usos domésticos en propiedad del beneficiario o en predios que éste tenga en posesión o tenencia."

El artículo 156, del mismo decreto, determinó un plazo para la legalización de estos aprovechamientos:

"Los actuales aprovechamientos de aguas subterráneas no amparados por concesión podrán continuar, pero los beneficiarios tendrán un plazo de un (1) año, a partir de la vigencia de este decreto, para su legalización.

"El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, podrá prorrogar este plazo, con carácter general, por cuencas y subcuencas hidrográficas."

La única variación en la reglamentación de las concesiones, hasta el presente, ha sido la competencia para concederlas, que pasó del Inderena a las corporaciones autónomas regionales, en este caso Corpoguajira, según lo establecido en numeral noveno del artículo 31 de la [ley 99 de 1999](#).

Las normas transcritas establecen un régimen especial para el uso de aguas de dominio público, cuya regla general predica que pueden ser utilizadas para el consumo doméstico; para otro tipo de usos, como el agrícola, industrial, minero o energético se requiere de una concesión por parte del Estado, quien establece la cantidad, las condiciones y los límites de su utilización. Respecto de las aguas subterráneas esa regulación no varía.

En el presente caso, no se probó que existiera concesión para el uso de las aguas del manantial en los predios El Reposo Uno y Dos. En efecto, no se hizo referencia alguna a ella en la demanda, ni se trató de establecer su existencia durante el proceso, lo que significa que su uso se encontraba sometido a la regla general de las aguas de dominio público, en este caso las subterráneas, es decir, se limitaba al uso doméstico de las mismas, para consumo humano y abrevadero de animales, el único autorizado por la ley.

Lo anterior significa que el posible daño causado por la construcción de la represa en el arroyo Aguas Blancas, se limitaba a los perjuicios causados en el uso doméstico de las aguas; otro tipo de utilización debía estar previamente autorizada mediante concesión. Sobre este aspecto, en el segundo dictamen pericial, se estableció lo siguiente:

"Analizada toda la información técnica, realizado el reconocimiento a la finca El Reposo y según los testimonios, se concluye, que si hubo daños como causa y efecto de la construcción de la presa por el municipio de Barrancas, estos fueron parciales, prueba de todo ello es que ocho (8) años después de sucedidos los hechos, en plena época de verano (afectado todo el país por el fenómeno del pacífico), el manantial de la finca El Reposo produce alrededor de seis (6) litros por segundo, caudal éste, que optimizado en la época de verano puede satisfacer usos domésticos, de abrevadero y parcialmente riego para algunas plantaciones" (folio 387, cuaderno 1).

En el primer dictamen pericial, se señaló algo similar:

"En lo que respecta a la DESVALORIZACIÓN DE LAS EDIFICACIONES de la finca EL REPOSO, no se considera ninguna, porque observamos que el caudal que produce el manantial, abastece las necesidades de consumo y uso doméstico" (folio 389, cuaderno 1).

Se concluye, entonces, que la disminución del caudal del manantial de los predios de El Reposo Uno y Dos, no afectó el consumo doméstico de aguas en dichos terrenos, por lo que no se configuró el daño reclamado en la demanda. Debe agregarse que no fue posible establecer la situación de los predios previa a la disminución del caudal. Los perjuicios causados no pasaron de ser una afirmación de la demanda, no existe medio de prueba alguno que los acredite, razón por la cual se condenó en abstracto en la primera instancia del proceso y al tratar de determinarlos, en la presente instancia, se dejó constancia, en el segundo dictamen pericial, de lo siguiente:

"Además de las consideraciones anteriores, con motivo de nuestra visita a la finca, solicitamos al demandante documentos adicionales de prueba tales como libros de contabilidad, control de ingresos y egresos de la finca, facturas o documentos equivalentes de ventas, datos de producción agrícola y ganadera, declaraciones de renta, etc., los cuales no fueron aportados por carecer de ellos" (folio 388, cuaderno 1).

Debe agregarse, además, que la disminución o conservación del caudal del manantial, solo podía establecerse de manera genérica, sin determinar su magnitud. De existir la concesión permitiría establecer la exacta disminución del caudal del manantial por la construcción de la represa en el arroyo Aguas Blancas, ya que en la resolución que las otorga se debe establecer la cantidad de agua que puede ser utilizada, de acuerdo al caudal promedio de la fuente de agua, tal como lo establece el artículo 62 del [decreto 1541 de 1978](#). Por otra parte, frente al uso de las aguas, permitiría establecer la dimensión del impacto sobre las actividades autorizadas por esa concesión, tales como el número de personas que la utilizarían para consumo, las actividades agrícolas a las cuales se podría dedicar, y la cantidad de cabezas de ganado a las cuales se destinaría su uso, como es posible establecerlo en la concesión de aguas del arroyo Aguas Blancas, autorizada por Corpogujira al demandante, en junio de 1991 (folios 17 a 20, cuaderno 1).

Por las anteriores razones, la Sala revocará la sentencia impugnada, por carecer el actor, parcialmente, de legitimidad frente a la indemnización perjuicios pretendida y por no configurarse el daño reclamado en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de primero de agosto de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO HOYOS DUQUE
Presidente de la Sala

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

———"Porción de terreno cultivado perteneciente a un mismo dueño" (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Editorial Espasa Calve, 1992, tomo II, vigésima edición).

———"Dice el artículo 77 del decreto 2811 de 1974: Las disposiciones de esta parte regulan el aprovechamiento de las aguas no marítimas en todos sus estados y formas, como: a) Las meteóricas, es decir las que están en la atmósfera; b) Las provenientes de lluvia natural o artificial; c) Las corrientes superficiales que vayan por cauces naturales o artificiales; d) Las de los lagos, ciénagas, lagunas y embalses de formación natural o artificial; e) Las edáficas; f) Las subterráneas; g) Las subálveas; h) Las de los nevados y glaciares, ei) Las ya utilizadas, servidas o negras.

———"El dictamen lo define como "formación porosa permeable o embalse subterráneo a través del cual se mueve el agua subterránea, recibe recarga por infiltración (folio 12, primer dictamen pericial).

———"Se trata de "la superficie superior de la zona subterránea debajo de la cual las aberturas de las rocas están llenas de agua" (folio 13, primer dictamen pericial).

———"Sulbálveo es lo que está debajo de la madre de un río o arroyo.