

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP2598-2020

Radicación No 107790

(Aprobado Acta No. 059)

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020).

VISTOS

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la ALCALDÍA DE IBAGUÉ, a través del Asesor de la Oficina Jurídica de esta entidad, contra el fallo de tutela proferido el 16 de enero de 2020, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante el cual concedió el amparo invocado por la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DE LA VEREDA LA ESPERANZA contra la Fiscalía General de la Nación, la Fiscalía 15 Local de Ibagué, David Barragán, Faber Rodríguez y Yesid Montealegre.

Fueron vinculados como terceros con interés en el presente asunto la Alcaldía Municipal de Ibagué, la Policía Municipal de Ibagué, la Gobernación del Tolima y la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado – IBAL.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:¹

Refiere el apoderado judicial del señor CARLOS VALENCIA VARÓN Y OTROS que el día 26 de marzo de 2019, se interpuso denuncia ante la Fiscalía Local (Reparto) de esta municipalidad, con el propósito de dar a conocer los daños que estaban siendo generados a la red de acueducto del sector el porvenir de la vereda La Esperanza de Ibagué, a causa de las acciones desplegadas por los señores DAVID BARRAGÁN, FABER RODRÍGUEZ y YESID MONTEALEGRE.-

Manifiesta que pese a lo anterior, a la fecha de presentación de la demanda de tutela únicamente tenían conocimiento del número de radicación asignado a la noticia criminal (Nº. 73001609906320190488), sin que la autoridad demandada hubiere desplegado actos dirigidos a hacer cesar el hecho generador de la vulneración de sus derechos fundamentales, ya que, actualmente se está afectado el servicio de agua, el cual estaba destinado para consumo humano de la personas que integran la vereda la Esperanza de este municipio.-

Aclara que, pese a que los accionados indican que son propietarios del acueducto, la concesión del agua fue una donación de la Secretaría de Desarrollo Rural de Ibagué y entregada a la Junta de Acción Comunal de la Vereda la Esperanza de esta municipalidad, por lo que no tiene sustento que, actuando en representación de algunos habitantes del sector, pretendan que los nuevos beneficiarios de la red de acueducto (residentes del sector PORVENIR) paguen la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000) por la conexión de la red comunal.-

En razón de lo que antecede, peticiona el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, petición, acceso a la administración de la justicia, agua, salubridad, y salud de los miembros de la Junta de Acción Comunal de la Vereda La Esperanza, y en consecuencia, se ordene: (i) a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION y la Fiscalía 15 Local de Ibagué, tramite de

manera inmediata la denuncia identificada con Rad. 2019-04088; y, (ii) A los señores DAVID BARRAGÁN, FABER RODRÍGUEZ y YESID MONTEALEGRE, cesar los ataques y daños que están ocasionando al sistema de acueducto del mencionado sector, hasta que el ente acusador adopte las medidas de protección que sean pertinentes.-

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, concedió la protección deprecada, y amparó de manera transitoria el derecho fundamental al agua para el consumo humano de las poblaciones beneficiadas por la concesión otorgada por Cortolima en la Resolución NO. 1443 de 2004.

Al respecto sostuvo que la vereda la Esperanza no se encuentra dentro de la cobertura de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado - IBAL -, y, por ello, es deber de la Alcaldía Municipal de Ibagué garantizar la prestación del servicio de agua y alcantarillado de esta población, conforme a los artículos 311, 365 y 367 de la [Constitución Política](#), el artículo 5 de la Ley 142 de 1994 así como el artículo 2.3.7.1.2.1 del Decreto 1898 de 2016.

Afirmó que los problemas de suministro de agua potable narrados en el escrito de tutela son consecuencia de desacuerdos de carácter económico, los cuales pueden ser solucionados a través de algún mecanismo alternativo de solución de conflictos, llámese conciliación o amigable composición.

Por lo cual exhortó a Carlos Arturo Valencia Varón, como presidente de la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DE LA VEREDA LA ESPERANZA, así como a los demás accionantes, instaurar «las acciones jurídicas alternativas con las que cuentan para solucionar el problema de convivencia que se presenta en la comunidad con relación a la conexión autorizada frente a la concesión de agua avalada por CORTOLIMA en resolución No.1443 del 17 de diciembre de 2004»

Sin embargo reconoció que los daños de la conexión hídrica persisten y, mientras se agotaba lo dispuesto en el exhorto, ordenó a la Alcaldía Municipal de Ibagué que «garantice el suministro de agua potable a la población previamente referida, servicio que deberá ser prestado hasta que el conflicto objeto de estudio sea conocido y debidamente resuelto».

Descartó la vulneración de derechos fundamentales en trámite de la denuncia identificada con el número único de noticia criminal 7300160990093201904088, comoquiera que la Fiscalía todavía se encontraba dentro del término establecido en el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 para ejercer sus funciones.²

LA IMPUGNACIÓN

La Alcaldía Municipal de Ibagué impugnó el fallo de primera instancia, argumentando que los verdaderos motivos por los cuales se impide la debida prestación del servicio de aguada a la Vereda son de carácter delictivo, y no de carácter social o económico como lo exige el decreto 1898 de 2016.

Manifestó que la orden impuesta en primera instancia obliga a esta entidad a reparar como víctima a la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DE LA VEREDA LA ESPERANZA, desconociendo la exoneración de responsabilidad del civilmente responsable del artículo 2347 del Código Civil.

Consideró que la sentencia recurrida «no amparo un tipo de derecho fundamental, sino que, por el contrario, emitió sentencia condenando al municipio en los términos de la sentencia como si se tratara de un proceso de responsabilidad extracontractual», dado que se le está imponiendo reparar daños ocasionados por un tercero.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que se modificara el término impuesto en la parte resolutive del fallo impugnado, toda vez que, a su criterio, es imposible cumplir dicha orden en cuarenta y ocho horas, pues es necesario para ello por lo menos diez meses.³

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por los accionantes contra el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

2. Del derecho fundamental al agua.

El agua como derecho fundamental es un tema que ha sido estudiado en numerosas ocasiones por la Corte Constitucional, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, pues lo cierto es que no toda vulneración a este derecho puede ser garantizada por medio de la acción de tutela, toda vez que se deben cumplir ciertos requisitos para ello, exigencias que son producto de un estudio pormenorizado de la evolución normativa y jurisprudencial de este derecho.

Requisitos que fueron reiterados en debida forma en la sentencia T-223 del 7 de junio de 2018 por la Corte Constitucional:

13. Sobre la procedencia de la acción de tutela para exigir la protección del derecho fundamental al agua, es preciso traer a colación lo expuesto en la sentencia T-348 de 2013, la cual explicó que la característica para determinar la posibilidad de ejercer la acción de amparo depende de que la pretensión sea obtener agua para consumo humano:

“Para establecer la procedencia de la acción de tutela cuando su pretensión es la protección del derecho al agua, el juez debe verificar que esté destinada al consumo humano, pues ésta es la característica que define su carácter de fundamental, de lo contrario, se trataría del derecho colectivo al agua y en este caso se debe acudir a la acción popular, consagrada en la Ley 472 de 1998”.

De lo dicho, es posible extraer dos reglas generales de procedencia. En principio, el agua como servicio público debe ser reclamada a través de la acción popular, y el agua como derecho fundamental, asociada al consumo mínimo humano, puede solicitarse a través de la tutela.

14. Específicamente en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para discutir la suspensión del servicio de agua para familias en situación de debilidad manifiesta, existe una línea jurisprudencial consolidada y uniforme que, en esta oportunidad, se reitera. Por ejemplo, en sentencia T-980 de 2012, la Sala de Revisión dijo:

“En materia de servicios públicos domiciliarios, se hace necesario precisar que los usuarios cuentan, además de los recursos por vía gubernativa, con las acciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para demandar las actuaciones de las empresas oficiales de servicios públicos que lesionen sus intereses, con la posibilidad de obtener su restablecimiento. Por tanto, se advierte la existencia de una vía especial para dirimir los conflictos que puedan surgir entre las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y los suscriptores potenciales, los suscriptores activos o los usuarios.

Empero, en los eventos en que las empresas de servicios públicos domiciliarios afecten de manera evidente derechos fundamentales, como la dignidad humana, la vida, la igualdad, la educación, la seguridad personal, la salud, la salubridad pública, los derechos de los desvalidos, etc., el amparo constitucional puede resultar procedente.”

En la sentencia T-242 de 2013, se reiteró la tesis expuesta, así:

“(…) es necesario recordar que este alto Tribunal ha establecido como regla general de improcedencia para la acción de tutela, la existencia de otro medio o recurso judicial de defensa excepto cuando éste no es eficaz e idóneo, o cuando la tutela se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, aplicando dicha regla a los asuntos en los que se solicita la protección del derecho al agua, la Corte ha señalado que es importante estudiar las particularidades de cada caso en concreto, con el fin de determinar si una falla en la prestación del servicio de agua potable (que puede activar otros mecanismos judiciales), incide directamente en una vulneración del derecho fundamental individual al agua. Así, una vez se han analizado los hechos y el contexto de cada petición, puede ser la acción de tutela el instrumento más idóneo y eficaz para poner fin a la violación o amenaza del derecho en comento”.

15. Sin duda, en casos en los que se busca la protección el derecho fundamental al agua potable, esto es, cuando la suspensión del servicio de acueducto pone en riesgo el mínimo de condiciones de vida digna a sujetos de especial protección constitucional, es desproporcionado exigir que se acuda a la vía contencioso administrativa o a otras vías judiciales, como la acción popular, para la protección urgente y eficaz de los derechos afectados. Por esa razón, la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo.

(Resalta la Sala)

Por ello, es necesario que el Juez Constitucional examine las particularidades del asunto puesto a su conocimiento y precise si esta frente a una vulneración del derecho fundamental del agua o el derecho colectivo al agua, en aras de determinar si la acción de tutela es el mecanismo adecuado para resolverlo.

TRAMITES EN SEGUNDA INSTANCIA

El 15 de noviembre de 2019, la Sala decidió declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de admisión proferido en primera instancia, debido a que no se había integrado debidamente el contradictorio al no estar vinculados todos los posibles afectados por lo resuelto en sede de tutela.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Como cuestión previa, la Sala advierte que ciertamente el objeto de la acción de tutela interpuesta por la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DE LA VEREDA LA ESPERANZA se enmarca dentro de una posible afectación del derecho fundamental al agua, conforme a los lineamientos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Lo anterior por cuanto se evidencia, de las pruebas allegadas con el escrito de tutela, que los daños narrados por el accionante afectan la prestación de un servicio de agua con fines, entre otros, de consumo humano de por lo menos 503 personas o 103 familias, por lo cual es indudable que nos encontramos ante una posible vulneración del derecho fundamental al agua que puede ser estudiada por el Juez Constitucional a través de una acción de tutela.

Máxime cuando se puede denotar de los anexos la solicitud como algunos miembros de la comunidad afectada, solicitan a la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DE LA VEREDA LA ESPERANZA apoyo para solucionar los problemas de prestación del servicio de agua que presentan⁴, y, asimismo, «coadyuvaron» lo afirmado por el accionante en la acción de tutela⁵, lo cual permite a esta Corporación concluir que los daños relatados generan una afectación individual a los miembros de esa comunidad.

Aclarado esto, se procederá a estudiar la impugnación interpuesta, la cual se centra en un punto específico: la inconformidad de la ALCALDÍA DE IBAGUÉ respecto de la orden que se impuso en el fallo recurrido, pues considera que no es la entidad encargada de resolver los problemas en la prestación del servicio de agua que afecta a la Vereda la Esperanza, toda vez que los mismos son frutos de presuntas acciones delictivas y no son consecuencia de razones técnicas o socioeconómicas como lo requiere el decreto 1898 de 2016.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué ordenó al impugnante, como mecanismo de protección transitoria del derecho fundamental al agua:

(...) que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, garantice el suministro de agua potable a la población previamente referida,

servicio que deberá ser prestado hasta que el conflicto objeto de estudio sea conocido y debidamente resuelto, previo agotamiento por parte de los accionantes de los mecanismos jurídicos dispuestos para la solucionar esta clase de asuntos.⁶

No obstante, esta Corporación no encuentra que la orden impuesta por el Juez de Tutela de primera instancia sea irracional o improcedente, comoquiera que, por mandato legal y constitucional, los municipios son las entidades territoriales encargadas de garantizar la prestación de servicios públicos dentro de sus respectivos territorios, como lo dispone, a manera de ejemplo, el Decreto 1898 de 2016:

ARTÍCULO 2.3.7.1.2.1. Adopción de infraestructura básica de agua potable y saneamiento básico en zonas rurales. Es responsabilidad de los municipios y distritos asegurar que los centros poblados rurales cuenten con la infraestructura de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. En caso de que el municipio o distrito identifique razones técnicas, operativas o socioeconómicas que impidan la prestación mediante sistemas de acueducto, alcantarillado o el servicio de aseo en los centros poblados rurales, se podrá implementar lo dispuesto en la sección 3 del presente capítulo. (Resalta la Sala)

ARTÍCULO 2.3.7.1.3.1. Adopción de soluciones alternativas en zonas rurales. Es responsabilidad de los municipios y distritos asegurar el aprovisionamiento de agua potable y saneamiento básico en zona rural diferente a los centros poblados rurales. Para estos efectos, los proyectos de soluciones alternativas deberán ajustarse a lo dispuesto en el artículo 2.3.7.1.3.6. del presente capítulo. (Resalta la Sala)

Se advierte que las determinaciones adoptadas en la providencia censurada no se imponen a título de condena por los daños causados a la red de acueductos, por el contrario, es una medida necesaria para solventar, de manera transitoria, la vulneración de los derechos fundamentales de los habitantes de la Vereda la Esperanza, así como de los sectores Mirador y Porvenir, pues es el Municipio el encargado de garantizar la prestación efectiva de

este servicio a falta de una entidad particular que adopte esta función.

Aunado a esto, se denota que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué reconoce que la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DE LA VEREDA LA ESPERANZA, es la autoridad que se encuentra en mejor posición para resolver de fondo el conflicto que impide la efectiva prestación del servicio, motivo por el cual lo exhorta a utilizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos para solucionarlos, pero, a pesar de ello, se hace necesaria la intervención del municipio para evitar que continúen las afectaciones a los habitantes de estas poblaciones.

Además, no se le asiste razón al impugnante cuando afirma que la afectación del servicio se presentó por razones distintas a las exigidas en el precitado artículo 2.3.7.1.2.1 del Decreto de 2016, dado que este motivo es insuficiente para exonerarlo de su responsabilidad legal y constitucional como ente territorial de garantizar este derecho fundamental.

Al respecto de la obligación por parte de los municipios, la Corte Constitucional estableció, en la precitada T-223 de 2018, reiterando jurisprudencia:

33. Ahora bien, las dudas acerca de la determinación de las obligaciones de los distintos actores vinculados a la garantía del derecho al agua son más difíciles de despejar cuando no existe la infraestructura propia del servicio público, pues no hay, en tal escenario, normas que establezcan claramente esas responsabilidades, lo que en alguna medida se debe a que este derecho no fue incluido expresamente en el texto constitucional y no ha sido regulado en una ley estatutaria, y en esa faceta su contenido es de carácter programático. En ese escenario, se debe acudir a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado algunos contenidos del derecho y las obligaciones que surgen de aquel.

34. Ante la ausencia de un servicio público, se podría sostener, a partir de una lectura sistemática de la Carta y de las leyes, que el municipio es el principal llamado a la protección del derecho fundamental al agua. Lo anterior, de conformidad con el artículo 366

de la Carta que establece que es finalidad del Estado garantizar las necesidades insatisfechas de la población, en específico las relacionadas con agua potable; y con el artículo 311 Superior que indica que el municipio debe prestar los servicios públicos que determine la ley, que es la forma más adecuada de proteger el derecho fundamental al agua. Y finalmente, porque, el parágrafo del artículo 28 de la Ley 1454 de 2011 establece que las competencias no atribuidas a otras entidades territoriales, están en cabeza del municipio.

35. En esa misma línea se ha pronunciado el Consejo de Estado sobre la responsabilidad del ente territorial de proteger el derecho al agua, ante la inexistencia de un servicio público, como se expone a continuación:

“El hecho de que la comunidad no tenga servicio de agua potable o alcantarillado, o lo tenga pero no funcionando adecuadamente, se constituye en un factor de riesgo grande para la salud de la comunidad expuesta a dicha situación. (...) No puede ignorarse el categórico mandato del artículo 366 de la [Constitución Política](#) ni tampoco pasarse por alto que para darle debido desarrollo se expidió la Ley 60 de 1993, derogada por la Ley 715 de 2001, que radica en los municipios responsabilidades concretas, entre otras, en materia de agua potable y saneamiento ambiental. (...)

De lo cual se establece más claramente que será la municipalidad colombiana la llamada a garantizar la prestación del servicio. Más aún, ha mantenido el tribunal de cierre que, cuando el servicio sea prestado por una empresa cualquiera que sea su naturaleza, esto no exime al municipio de responsabilidad y, por ende, deberá destinar dineros en el sector de agua potable y saneamiento básico a fin de garantizar la efectiva y eficiente prestación.”
(Resalta la Sala)

Sin embargo, ciertamente el marco de tiempo impuesto en la decisión de primera instancia es insuficiente para cumplir con la orden encomendada al Municipio de Ibagué, por lo cual la

Sala modificara el fallo impugnado y extenderá a tres meses el plazo para que esta autoridad territorial adopte las medidas necesarias para garantizar la prestación del servicio de agua a los residentes de la Vereda la Esperanza, al igual que los sectores Mirador y Porvenir, manteniendo incólume el resto de la providencia.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No 1, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. MODIFICAR el numeral segundo del fallo de tutela impugnado, por las razones expuestas, el cual quedaría así:

SEGUNDO: ORDENAR a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE IBAGUÉ que en el término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta decisión, adopte las medidas necesarias para garantizar el suministro de agua potable a la población previamente referida, servicio que deberá ser prestado hasta que el conflicto objeto de estudio sea conocido y debidamente resuelto, previo agotamiento por parte de los accionantes de los mecanismos jurídicos dispuestos para solucionar esta clase de asuntos.

2. NOTIFICAR a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.

3. Envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Fls. 96-112, Cuaderno 3.
- 2 Fls. 101-112 Cuaderno 3.
- 3 Fls. 137-139 Cuaderno 2
- 4 Fl. 20, Cuaderno 2.
- 5 Fl. 42, Cuaderno 2.
- 6 Fl. 111, Cuaderno 3.