El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 1ª instancia – 02 de agosto de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Declara improcedente la acción

Radicación Nro. : 2017-00730-00

Accionante: PATRICIA BENÍTEZ BENÍTEZ Y OTROS

Accionado: CARDER Y OTROS

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: DERECHOS COLECTIVOS / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** [L]a presente acción de tutela incumple el presupuesto de la subsidiariedad en razón a que no se demostró la falta de idoneidad de la acción popular radicada al No.2016-00168-00, que se está tramitando ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, para amparar los derechos colectivos allí invocados y de paso los fundamentales, que de forma conexa, se han vulnerado. (…) Así, entonces, dicha acción constitucional es idónea y eficaz para resolver la cuestión litigiosa, por lo tanto, este amparo es improcedente como mecanismo transitorio. Aquí ni siquiera se demostró el nexo causal entre los derechos fundamentales y el derecho colectivo, menos, entones, la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable.


REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DE RISARALDA

 Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

 Accionante : Patricia Benítez Benítez y otros

 Accionado (s) : CARDER y otros

 Litisconsorte (s) : Sociedad Vertical de Construcciones y otros

 Radicación : 2017-00730-00 (Interna No.730)

 Temas : Derechos colectivos - Perjuicio irremediable Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 395 de 02-08-2017

Pereira, R., dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La acción constitucional referenciada, adelantadas las debidas actuaciones con el trámite preferente y sumario, sin que se evidencien causales de nulidad que las invaliden.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Expusieron los accionantes que la empresa Aguas y Aguas de Pereira vierte de forma irregular e irresponsable aguas residuales sin tratamiento alguno al río Consotá, lo que afecta a la fauna, flora y a los residentes colindantes al *“PTAR DE SENDEROS DEL CAMPO”*. Dicen que proliferan zancudos, moscas, malos olores que les han causado dolores de cabeza, garganta, tos y alergias. También aluden que la intervención de la CARDER ha sido insuficiente, pues no ha tomado las medidas necesarias para erradicar la vulneración de sus derechos, pese a que existen conceptos técnicos que dan cuenta de mal manejo que se ha dado a la planta de tratamiento de aguas residuales.

Finalmente, arguyen que se está tramitando una acción popular, pero consideran que no es idónea para proteger sus derechos fundamentales (Folios 1 a 14, tomo I de este cuaderno).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, la intimidad y la vivienda digna (Folio 2, tomo I de este cuaderno).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Pretende el accionante que: (i) Se amparen los derechos invocados; (ii) Se *“(…) imponga a los demandados (Sic) la medida técnica para resolver definitivamente la vulneración de los derechos fundamentales, con el vertimiento de aguas residuales en forma clandestina y directa al río consota (Sic) (…)”;* y (iii) se ordene cerrar el estanque donde funciona el PETAR de Senderos del Campo(Folio 2, tomo I de este cuaderno).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

En reparto ordinario del 18-07-2017 fue asignada a este Despacho, con providencia del día hábil siguiente, se admitió, se vinculó a quienes se estimó conveniente y se dispuso notificar a la partes, entre otros ordenamientos (Folios 47 y 48, ibídem). Fueron ebidamente notificados los extremos de la acción (Folios 49 y 53 a 61, ibídem). Contestaron la Procuradora 28 Judicial II Ambiental y Agraria de Pereira (Folios 62 a 67, ibídem), la Gobernación de Risaralda (Folios 132 a 142, ib.), la Secretaría de Salud y Seguridad Social de Pereira (Folios 149 a 151, ib.), la CARDER (Folios 173 a 186, ib.), Vertical de Construcciones SAS (Folios 239 a 241, tomo II de este cuaderno), Aguas y Aguas de Pereira (Folios 245 a 259, ibídem).

Se desestima la respuesta de la administradora del Conjunto Residencial Senderos del Campo PH porque carece de su rúbrica (Folios 315 a 320, ib.). Los accionantes atendieron el requerimiento del Despacho (Folios 107 a 131, tomo I de este cuaderno), también los profesionales que rindieron el concepto técnico No.01180 de 24-05-2017, atendieron el requerimiento que se les hizo (Folios 307, 309, 311 y 312, tomo II de este cuaderno). El Tribunal Administrativo de Risaralda brindó la información solicitada (Folios 336 a 350, ibídem).

1. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

La Procuradora 28 Judicial II Ambiental y Agraria de Pereira narró las gestiones que ha adelantado con ocasión de pedimentos de la accionante, describió las competencias que tiene asignadas, y arguyó que carece de legitimación por pasiva puesto que no le concierne ejecutar las medidas correctivas solicitadas en la tutela. Pidió declarar improcedente el amparo en su contra (Folios 62 a 67, tomo I de este cuaderno). La Gobernación de Risaralda solicitó declarar la improcedencia de la tutela porque no es de su competencia prestar servicios domiciliarios, que son responsabilidad exclusiva de Aguas y Aguas de Pereira (Folios 132 a 142, ibídem).

La Secretaría de Salud Pública y Seguridad Social de Pereira refirió que ha cumplido con los mandatos de la Ley 715 de 2001, pues realizó las visitas correspondientes y comunicó de sus hallazgos a la autoridad competente. Expuso que es Aguas y Aguas de Pereira quien administra el vertimiento de aguas residuales domésticas y la CARDER provee las autorizaciones para ello. Pidió negar las pretensiones (Folios 149 a 151, ib.).

La CARDER señaló que ha cumplido con la labor de vigilancia, seguimiento y control que le han encomendado para la vigilancia en el plan de saneamiento y manejo de vertimientos (Ley 99 y Resolución 1433 de 2004 del MAVDT). Afirmó que no está demostrado que hayan olores ofensivos ni afectación ambiental, tampoco la vulneración de los derechos fundamentales. Agregó que la parte actora cuenta con otros mecanismos como la acción de cumplimiento frente al Municipio (Folios 173 a 186, ib.).

Vertical de Construcciones SAS dijo que el amparo es improcedente porque se está tramitando una acción popular con idénticos supuestos fácticos. También indicó que carece de responsabilidad porque en diciembre de 2015 entregó la operación y administración del “PTAR” a Aguas y Aguas de Pereira (Folios 239 a 241, tomo II de este cuaderno).

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira SA ESP refirió que el amparo incumple con los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez porque existe otro mecanismo judicial para proteger derechos colectivos, sin que se haya probado la existencia de un perjuicio irremediable, y la tutela se presentó un año después de radicada la acción popular. Añadió que debe declararse la carencia actual de objeto porque ya inició las actuaciones administrativas para dar apertura a la planta de tratamiento. Por lo anterior solicitó declara la improcedencia de la tutela o el hecho superado (Folios 245 a 259, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR
	1. La competencia. Este Tribunal es competente para conocer la acción en virtud del factor territorial, en razón al lugar donde ocurre la presunta violación, al tener los accionantes su domicilio en este Distrito, también, por el factor orgánico, dado que la CARDER es una entidad administrativa del orden nacional[[1]](#footnote-1)-[[2]](#footnote-2) (Artículo 1°, numeral 1° del Decreto 1382 del 2000).
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente el amparo constitucional, como mecanismo transitorio, para conjurar la supuesta afectación de derechos fundamentales con ocasión de la falta de funcionamiento del “PTAR de Senderos del Campo” y el consecuente vertimiento de aguas residuales, sin tratamiento alguno, al río Consotá, aledaño a las viviendas de los accionantes?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que los accionantes son residentes de las viviendas ubicadas en el conjunto Galicia del Parque, que colinda con el “PTAR de Senderos del Campo” y del que se requiere su puesta en marcha o el cierre definitivo. También porque la señora Patricia Benítez Benítez ha presentado en diversas oportunidades solicitudes a las accionadas relacionas con esa cuestión.

Por pasiva, la CARDER porque es la encargada de la administración del medio ambiente y de los recursos naturales (Artículo 30 de la Ley 99); Aguas y Aguas de Pereira debido a que se encarga de prestar los servicios de acueducto y alcantarillado en la localidad, y opera y administra “PTAR de Senderos del Campo”; la Secretaría de Salud y Seguridad Social de Pereira puesto que le corresponde la inspección, vigilancia y control de los factores de riesgo que afecten la salud humana presentes en el ambiente (Artículo 44.3.3. de la Ley 715); y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda porque le compete reducir el riesgo de enfermedades y muerte por factores de riesgos asociados con la salud ambiental[[3]](#footnote-3).

El INCODER es una entidad que actualmente se encuentra liquidada, por lo tanto, es inviable endilgarle alguna responsabilidad (Decreto 2365 de 2015).

* + 1. La inmediatez

El artículo 86 de la CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

Nuestra CC tiene establecido que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales[[4]](#footnote-4).

El presupuesto de la inmediatez, no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos supuestamente violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[5]](#footnote-5); nótese que el concepto técnico que reconomendó adelntar el trámite de renovación del permiso de vertimiento y la rehabilitación y operación del *“STAR Portal del Campo”* data del 24-05-2017 (Folios 27 a 30, tomo 1 de este cauderno) y la tutela se radicó el 11-07-2017 (Folio 36, ibidem). En cambio la subsidiariedad esta incumplida, tal como pasará a explicarse.

* + 1. La procedencia excepcional de la tutela para amparar derechos colectivos

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios[[6]](#footnote-6). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[7]](#footnote-7): (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

Ahora, en torno al amparo de derechos colectivos, la CC, con fundamento en los artículos 88 de la CP y 6º-3º del Decreto 2591 de 1991, ha señalado que la tutela en principio es improcedente, toda vez que la acción popular es el medio procesal idóneo para su protección, salvo que se compruebe su conexidad con la afectación de derechos fundamentales, en efecto, ha sostenido: *“(…) la acción de tutela cobra definitivamente carácter subsidiario para la protección de los derechos colectivos y su procedencia se torna, en estos casos, excepcional, razón por la cual los juzgadores deben ser especialmente cuidadosos al comprobar el requisito de conexidad con la afectación de derechos fundamentales”[[8]](#footnote-8).*

La CC[[9]](#footnote-9) ha establecido dos circunstancias en las que es procedente la acción de tutela con el fin de proteger derechos fundamentales, cuya afectación derive de la violación o amenaza de derechos colectivos: *“(…) (i) cuando la tutela actúe como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y (ii) Cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, produce la afectación directa de un derecho fundamental (…)”.*

Y para esos efectos creó cinco (5) criterios de ponderación que deben considerarse[[10]](#footnote-10):

… (i) Que exista conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza de un derecho fundamental, de tal forma que el daño o amenaza del mencionado derecho sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.

(ii) El demandante debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de carácter subjetivo.

(iii) La vulneración o la amenaza del derecho fundamental debe estar plenamente acreditada.

(iv) La orden judicial que se imparta en estos casos debe orientarse al restablecimiento del derecho de carácter fundamental y *“no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente un derecho de esa naturaleza”[[11]](#footnote-11).*

(v)  Adicionalmente, es necesario la comprobación de la falta de idoneidad de la acción popular en el caso concreto…

Finalmente, con relación a este último supuesto dijo[[12]](#footnote-12): “*(…) fuera de los cuatro requisitos señalados (…) para que la tutela proceda en caso de afectación de un derecho colectivo, es además necesario (…), que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo, por ejemplo porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario. (…) si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental* (…)”[[13]](#footnote-13)

1. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Conforme la jurisprudencia en cita, esta Magistratura considera que la presente acción de tutela incumple el presupuesto de la subsidiariedad en razón a que no se demostró la falta de idoneidad de la acción popular radicada al No.2016-00168-00, que se está tramitando ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, para amparar los derechos colectivos allí invocados y de paso los fundamentales, que de forma conexa, se han vulnerado.

En ese trámite popular los accionantes pueden solicitar, en cualquier estado del proceso, las medidas cautelares que estimen pertinentes para prevenir un daño inminente o para cesar el que se hubiere causado (Artículo 25, Ley 472), mecanismo que aún no han agotado (Folio 336, tomo II de este cuaderno); además, pese a que cuente con sentencia desestimatoria, data del pasado 31-07-2017 (Folios 339 a 349, ibídem), pueden recurrirla en apelación (Artículo 37, Ley 472).

Así, entonces, dicha acción constitucional es idónea y eficaz para resolver la cuestión litigiosa, por lo tanto, este amparo es improcedente como mecanismo transitorio. Aquí ni siquiera se demostró el nexo causal entre los derechos fundamentales y el derecho colectivo, menos, entones, la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable[[14]](#footnote-14).

Las pruebas arrimadas (Folios 112 a 129, tomo I este cuaderno), más allá de acreditar que algunos residentes se encuentran enfermos de sus vías respiratorias y/o digestivas, no logran demostrar que esas afecciones fueron causadas por el vertimiento de aguas residuales, sin tratamiento al río Consotá.

Tampoco se probó que la planta de tratamiento expide malos olores, por el contrario, las Administradoras Ambientales, Ángela María Rodríguez Gómez y Eliana Arboleda Trejos, quienes suscribieron el concepto técnico No.01180 del 24-03-2017 (Folios 27 a 30, tomo I de este cuaderno), en atención al requerimiento que se les hiciera por la Corporación, refirieron que, en la visita realizada el 24-04-2017, no evidenciaron olores ofensivos provenientes del PTARD Portal del Campo (Folios 307 y 309, tomo II de este cuaderno).

En síntesis, faltó probar la afectación de los derechos individuales a la vida, a la salud, a la vivienda digna y a la intimidad, su conexidad con la posible vulneración o amenaza del derecho colectivo a un ambiente sano, y el posible perjuicio irremediable.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores se declarará improcedente la acción, pues los accionantes cuentan con un mecanismo eficaz para salvaguardar los derechos alegados y no se demostró un daño o amenaza irreparable para hacer viable el amparo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. DECLARAR improcedente la acción de tutela promovida por la señora Patricia Benítez en contra de la CARDER, la Secretaría de Salud y Seguridad Social de Pereira y la empresa Aguas y Aguas de Pereira.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión, de no ser impugnada.
4. ARCHIVAR el expediente, previas anotaciones en los libros radicadores, una vez agotado el trámite ante la CC.

Notifíquese,

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

 *M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O*

DGH/ODCD/2017

1. CC. A-150 de 2013. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Civil. STC10485-2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. http://www.risaralda.gov.co/salud/Publicaciones/saneamiento\_basico. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-162 y-034 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-128 de 2016, T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-194 de 2014y T-182 de 2008. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-197 de 2014 [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-341 de 2016. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. SU-1116 de 2001 [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-341 de 2016. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-661 de 2012. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-341 de 2016. *“(…) la****inminencia****que exige medidas inmediatas, la****urgencia****que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente y la****gravedad****de los hechos, que hace evidente la****impostergabilidad****de la tutela como mecanismo necesario para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales (…)”* [↑](#footnote-ref-14)