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 – 2ª instancia – 27 de noviembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma improcedencia

Radicación Nro. : 66682-31-04-001-2017-0207-01

Accionante: MARÍA ELENA ARCILA OTÁLVARO

Accionado: CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS SA ESP

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: INSTALACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** [A] la accionante se le indicó que de no estar de acuerdo con la negativa de conexión del servicio, contaba con cinco días hábiles para instaurar los recursos de reposición ante esa entidad y en subsidio el de apelación para que fuera resuelto por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Sin embargo, la peticionaria resolvió instaurar directamente la acción constitucional sin haber agotado previamente dichos mecanismos dispuestos en la vía gubernativa. Así las cosas, esta Colegiatura advierte desde este punto, y sin necesidad de hacer un estudio más profundo, que a la señora MARÍA ELENA ARCILA OTÁLVARO no cumplió con el deber que le asistía antes de acudir al mecanismo de amparo constitucional, que consistía en haber agotado infructuosamente todos los mecanismos de defensa a su alcance para obtener lo que en esta oportunidad reclama, aunado a ello, tal presupuesto va en contravía del requisito de residualidad de esta acción, además, debe decirse que también en la vía jurisdiccional le asisten otros mecanismos que resultan ser más idóneos para el fin que ella persigue; así, se tiene que existen acciones como la nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la cual incluso tiene la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo que hoy cuestiona. Lo anterior, como ya se dijo, imposibilita de entrada a esta Corporación para efectuar análisis de fondo sobre el asunto, pues como se dijo en párrafos preliminares, la única posibilidad que le permite al Juez Constitucional intervenir en sede de tutela, y evadir los medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, sería si a simple vista se pudiera advertir la posible causación de un perjuicio irremediable, que sólo hallara solución por esta vía, lo que no ocurre en esta oportunidad, sobre todo, si se tiene en cuenta que la accionante no agotó en su momento la vía gubernativa en contra del acto administrativo que expidió la CHEC cuando resolvió negarle la instalación del servicio de energía, ya que decidió guardar silencio, lo cual deja ver claramente que no se agotaron las instancias administrativas ordinarias, que eran el escenario natural para atacar las consideraciones de esa entidad, lo que se deriva en la improcedencia de la acción de tutela.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 2:40 p.m.

Aprobado por Acta No. 1307

|  |  |
| --- | --- |
| **RADICACIÓN:** | 66682-31-04-001-2017-0207-01 |
| **ACCIONANTE:** | MARIA ELENA ARCILA OTÁLVARO |
| **ACCIONADO:** | CHEC y OTROS  |
| **PROCEDENCIA:**  | JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE CABAL  |
| **DECISIÓN:**  | CONFIRMA |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por la señora **MARÍA ELENA ARCILA OTÁLVARO**, contra el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, Risaralda el 10 de octubre de 2017, mediante el cual resolvió no tutelar los derechos invocados por la recurrente en contra de la **CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. E.S.P**, de ahora en adelante **CHEC.**

**ANTECEDENTES:**

La señora MARÍA ELENA ARCILA OTÁLVARO, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela en contra de la CHEC por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso al servicio público domiciliario de energía. Lo anterior, con base en los hechos que se relacionan a continuación:

* Desde hace un año compró un lote ubicado en el barrio La Argelia Baja, ubicado en el municipio de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, en donde construyó su vivienda para ser habitada con sus dos nietos de 3 y 7 años de edad.
* El 10 de septiembre de 2017 presentó los documentos para la conexión del servicio de energía en la oficina de Planeación de la Secretaría Municipal, según información que le dieron en la CHEC, recibiendo como respuesta que su vivienda se encontraba en zona de alto riesgo.
* Con la anterior respuesta se dirigió a la CHEC, quienes la visitaron a los dos días para instalarle la conexión de energía, pero al ver que se encontraba en zona de riesgo suspendieron ese procedimiento, pese a que ocho días antes esa empresa había colocado el servicio de energía a la señora Gloria Aguirre ubicada en la misma zona y quien contaba con los mismos documentos que la accionante.
* Por lo anterior, el 29 de septiembre de 2017 presentó un derecho de petición ante la CHEC por medio del cual solicitó que se efectuara la conexión de energía en su vivienda, el cual fue resuelto negativamente por parte de dicha entidad, bajo el argumento de que ello no era posible dada la ubicación de la misma en una zona de alto riesgo.

Considera que se le están vulnerando sus derechos y los de sus nietos por ser la única vivienda de dicha zona que no cuenta con el servicio público aludido.

**PRETENSIONES:**

De acuerdo a los hechos relacionados en precedencia, solicitó la señora MARÍA ELENA que se ordene a la CHEC instalar de manera inmediata la conexión de energía en su vivienda, ya que desde hace un año no cuenta con ese servicio público domiciliario, el que considera tiene derecho por ser una persona de escasos recursos.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal avocó el conocimiento de la actuación el 3 de octubre de 2017 contra la CHEC, entidad a la cual ordeno correr traslado del escrito de tutela y sus anexos para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción. Así mismo, ordenó vincular al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, la PERSONERÍA MUNICIPAL y el PROCURADOR DE FAMILIA, teniendo en cuenta que en el asunto se hizo referencia a unos menores que al parecer también se encontraban afectados ante las circunstancias reclamadas por la actora.

Posteriormente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, decidió mediante sentencia del 10 de octubre de 2017 no tutelar los derechos fundamentales invocados por la señora María Elena Arcila Otálvaro, en atención a que la accionante contó con otro mecanismo de defensa en la vía gubernativa, como lo fue la posibilidad de haber interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de lo resuelto por la CHEC mediante el oficio del 26 de septiembre de 2017, por medio del cual se le negó la conexión de energía y en el que se había dispuesto en su numeral 2º que la actora tenía cinco días hábiles siguientes a la notificación para dicho trámite, sin que hubiera recurrido lo decido. Además, la Juez *A quo* consideró que la accionante no se encontraba ante un perjuicio inminente por cuanto llevaba un año sin el servicio de energía requerido en este trámite constitucional.

**IMPUGNACIÓN:**

El día 10 de octubre de 2017 se le notificó personalmente la decisión a la señora María Elena Arcila Otálvaro, quien manifestó su desacuerdo con la decisión y decidió impugnarla, para lo cual dejó la constancia plasmada al lado de su firma.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde determinar a la Sala si la CHEC ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora MARÍA ELENA ARCILA OTÁLVARO al no permitir la conexión del servicio de energía por encontrarse en una zona de alto riesgo y sin licencia de construcción.

De acuerdo con la Carta Política, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que se traduce en la concepción humanista del Estado que procura la promoción y mantenimiento de unas condiciones mínimas de existencia de los asociados, acordes con la dignidad de la persona, por ello, el reconocimiento de la primacía de las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos efectivos para su protección.

La tutela es un instrumento confiado por la Carta Política en su artículo 86 a los Jueces, cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido birlados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de los particulares de manera excepcional, lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política colombiana.

Para entrar a analizar el problema jurídico, hay que tener en cuenta primero que si bien la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario, como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

**Sobre la procedibilidad de la acción de tutela:**

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela 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.”.*

En consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

*“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:*

*1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable.

En ese orden de ideas, el requisito de procedibilidad denominado residualidad, está dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial, como uno de los poderes públicos.

**El caso concreto:**

En el presente asunto se tiene que lo que pretende la libelista es que a través de esta acción constitucional se ordene a la CHEC la instalación en su vivienda el servicio de energía, al cual no ha podido acceder desde hace más de un año y el que fue negado mediante el oficio 20170230013215 del 26 de septiembre de 2017 suscrito por el Profesional de Soporte Clientes de esa entidad, usando como argumento la manifestación realizada por el Secretario de Planeación de la Alcaldía de Santa Rosa de Cabal, quien indicó que el lugar en el cual se encuentra ubicada la vivienda de la señora MARÍA ELENA es de alto riesgo, y además la misma fue construida sin la respectiva licencia.

De acuerdo a la información obrante en el expediente, y revisada la respuesta de la empresa de energía CHEC, se advierte que a la accionante se le indicó que de no estar de acuerdo con la negativa de conexión del servicio, contaba con cinco días hábiles para instaurar los recursos de reposición ante esa entidad y en subsidio el de apelación para que fuera resuelto por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios[[1]](#footnote-1). Sin embargo, la peticionaria resolvió instaurar directamente la acción constitucional sin haber agotado previamente dichos mecanismos dispuestos en la vía gubernativa.

Así las cosas, esta Colegiatura advierte desde este punto, y sin necesidad de hacer un estudio más profundo, que a la señora MARÍA ELENA ARCILA OTÁLVARO no cumplió con el deber que le asistía antes de acudir al mecanismo de amparo constitucional, que consistía en haber agotado infructuosamente todos los mecanismos de defensa a su alcance para obtener lo que en esta oportunidad reclama, aunado a ello, tal presupuesto va en contravía del requisito de residualidad de esta acción, además, debe decirse que también en la vía jurisdiccional le asisten otros mecanismos que resultan ser más idóneos para el fin que ella persigue; así, se tiene que existen acciones como la nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la cual incluso tiene la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo que hoy cuestiona.

Lo anterior, como ya se dijo, imposibilita de entrada a esta Corporación para efectuar análisis de fondo sobre el asunto, pues como se dijo en párrafos preliminares, la única posibilidad que le permite al Juez Constitucional intervenir en sede de tutela, y evadir los medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, sería si a simple vista se pudiera advertir la posible causación de un perjuicio irremediable, que sólo hallara solución por esta vía, lo que no ocurre en esta oportunidad, sobre todo, si se tiene en cuenta que la accionante no agotó en su momento la vía gubernativa en contra del acto administrativo que expidió la CHEC cuando resolvió negarle la instalación del servicio de energía, ya que decidió guardar silencio, lo cual deja ver claramente que no se agotaron las instancias administrativas ordinarias, que eran el escenario natural para atacar las consideraciones de esa entidad, lo que se deriva en la improcedencia de la acción de tutela.

Adicionalmente, como bien dijo la Juez de primera instancia, la accionante no acudió a los recursos que estuvieron a su disposición cuando se le informó por parte de la CHEC que no era posible realizar la conexión de la energía eléctrica por las razones ya planteadas, y se le indicó de manera clara que contra esa decisión procedían recurso de reposición ante la empresa, y apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo cual deja ver claramente que no se agotaron las instancias administrativas ordinarias, que eran el escenario natural para atacar las consideraciones de la CHEC, lo que se deriva en la improcedencia de la acción de tutela.

Por otra parte, no se vislumbra un perjuicio irremediable para que la demanda de tutela proceda de manera transitoria, si se tiene en cuenta que la misma accionante indicó que desde hace un año su vivienda no cuenta con el servicio de energía, lo que hace inferir que el hogar de la señora María Elena Arcila Otálvaro ha podido subsistir sin dicha garantía, y además desvirtúa el principio de inmediatez como segunda regla de procedibilidad de la acción de tutela.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal de Circuito de Santa Rosa de Cabal, el 10 de octubre de 2017 dentro de la acción de tutela promovida por la señora **MARÍA ELENA ARCILA OTÁLVARO** en contra de la **CHEC**.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y **REMITIR** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Folio 5 vuelto [↑](#footnote-ref-1)