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 respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionantes : Mónica Cárdenas Zapata y otros

Accionados : Asociación de Suscriptores de la Empresa de Acueducto y otros

Vinculados : Alcaldía de Pereira y otros

Radicación : 66001-31-10-001-2019-00385-01

Despacho de origen : Juzgado Primero de Familia de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 479 de 02-10-2019

**TEMAS: DERECHO AL AGUA POTABLE / TIENE CARÁCTER FUNDAMENTAL CUANDO ES PARA EL CONSUMO HUMANO / EN CASO CONTRARIO ES DERECHO COLECTIVO / PROCEDENCIA DE LA TUTELA / REQUISITOS PARA SU PROSPERIDAD.**

… hay que tener presente que el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional han categorizado el agua como derecho fundamental individual, de tal suerte que su protección es exigible a través de la acción de tutela, siempre y cuando la pretensión sea la obtención para el consumo humano: “(…) 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 (…)” .

Entonces, deben analizarse las súplicas del amparo junto con las condiciones del accionante para determinar cuál es el mecanismo judicial al que debe acudir, y en caso de que se persiga la protección del derecho fundamental al agua, debe tenerse presente, adicionalmente, que la tutela solo procede si no concurre ninguno de los siete (7) supuestos que la CC ha establecido…

De tiempo atrás la jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho fundamental al agua, pese a que no está contemplado en la CP, en razón a su importancia para garantizar la vida, la salud y la dignidad humana…

En síntesis, el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso suficiente, regular, salubre y equitativo al agua potable, sin discriminación alguna; y, le está prohibido negar el derecho al agua a hogares por razones de la clasificación de su vivienda o de la tierra en que se encuentran ubicados.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Informó la agente oficiosa y accionante que radicó derecho de petición ante la ESP de La Bella para que le suministrara el servicio de agua, mas fue desestimado porque la CARDER restringió la cobertura a los usuarios actuales. Agregó que la falta del líquido afectó la salud (Dolor abdominal, diarrea, vómito y nauseas) de su esposo, calificado con pérdida de capacidad laboral, y de su hijo menor; incluso, la unidad familiar y el rendimiento escolar del menor, porque debe dormir en una vivienda vecina para acceder al servicio (Folios 29-32, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se invocan los derechos al agua, a la vida digna, a la vida y a la salud (Folio 29, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Que se tutelen los derechos fundamentales invocados; en consecuencia, se ordene a las accionadas brindar el servicio de agua potable en la vivienda de la familia accionante (Folios 31-32, cuaderno No.1).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 08-08-2019 se admitió y se ordenó notificar a las partes (Folio 33, ibídem). El 20-08-2019 se vincularon litisconsortes por pasiva (Folios 114 y 116, ibídem). Se profirió sentencia el 21-08-2019 (Folios 136-140, ibídem). Y, con proveído del 02-09-2019 se concedió la impugnación formulada por el municipio de Pereira, ante este Tribunal (Folio 167, ibídem).

En el fallo amparó los derechos debido a la falta de suministro del servicio de agua potable en el domicilio de los accionantes, sin que la ESP ni la Alcaldía local hayan tomado medidas de índole alguna para garantizarlo (Folios 136-140, ib.).

El municipio alegó que la parte accionante no le ha realizado requerimiento alguno relacionado con las pretensiones del libelo, por lo que es inviable que haya vulnerado o esté amenazando sus derechos. También refirió que carece de legitimación dado que es a la EPS rural accionada a la que corresponde garantizar el servicio y proveer sobre la vinculación de nuevos suscriptores. Y, explicó que por intermedio de la Secretaría de Desarrollo Rural y Gestión Ambiental acompaña a las comunidades en el mejoramiento integral de las condiciones técnicas y administrativas referentes al suministro de agua. Deprecó su desvinculación (Folios 159-165, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero de Familia de Pereira, según la impugnación de la accionada?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa porque la señora Mónica Cárdenas Zapata, el señor Andrés Mauricio Salazar Giraldo y el menor Michael Salazar Cárdenas habitan el inmueble carente del servicio de agua potable.

En el extremo pasivo la Asociación de Suscriptores de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado del Corregimiento La Bella ESP y la Alcaldía de Pereira; la primera, como operadora del servicio (Artículo 15, Ley 142 y Decreto 1898 de 2016), y la última, por virtud de que le corresponde asegurar su prestación a todos los habitantes de su territorio (Ley 142 y Artículo 14-6º, Ley 388, parágrafo 2º, Artículo 2.3.7.1.2.3. del Decreto 1898 de 2016); y, la CARDER como quiera que expidió el acto administrativo que impide a la ESP vincular a nuevos usuarios (Folios 78-82, ib.).

* + 1. El presupuesto de la inmediatez

Según constante jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal Constitucional[[1]](#footnote-1), y también la CSJ[[2]](#footnote-2), la inmediatez en la protección, conlleva entender que el remedio judicial requiere aplicación urgente, por lo que quien actúa en ejercicio de la tutela, debe usarla en forma oportuna.

Significa lo dicho que el juez no está obligado a atender una petición, cuando el afectado injustificadamente, por desidia o desinterés, ha dejado pasar el tiempo para elevarla, dado que la inmediatez es consubstancial a la protección que brinda la mencionada acción como defensa efectiva de los derechos fundamentales.

Para esta Magistratura el aludido presupuesto se encuentra cumplido porque la acción se formuló (06-08-2019) (Folio 1, ib.) un (1) mes y ocho (8) días después de que la ESP respondiera el derecho de petición (27-06-2019) (Folios 8, ib.), es decir, dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional.

* + 1. La procedencia excepcional de la tutela

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[[3]](#footnote-3). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[4]](#footnote-4): (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, hay que tener presente que el derecho internacional[[5]](#footnote-5) y la jurisprudencia constitucional[[6]](#footnote-6) han categorizado el agua como derecho fundamental individual, de tal suerte que su protección es exigible a través de la acción de tutela, siempre y cuando la pretensión sea la obtención para el consumo humano: *“(…) 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 (…)”*[[7]](#footnote-7)*.*

Entonces, deben analizarse las súplicas del amparo junto con las condiciones del accionante para determinar cuál es el mecanismo judicial al que debe acudir, y en caso de que se persiga la protección del derecho fundamental al agua, debe tenerse presente, adicionalmente, que la tutela solo procede si no concurre ninguno de los siete (7) supuestos que la CC[[8]](#footnote-8) ha establecido, a saber:

*“(i) cuando la entidad encargada de prestar el servicio adopta la decisión de suspender el servicio de agua, dentro de las reglas establecidas y con el respeto debido a los derechos fundamentales de la persona y en especial a su mínimo vital, pues en tal caso no viola un derecho sino que cumple un deber; (ii) cuando el riesgo de las obras pendientes, inconclusas o deterioradas constituyen una amenaza que no representa un riesgo real para los derechos fundamentales de las personas; (iii) cuando se pretenda reclamaciones de carácter puramente económico, que pueden ser reclamadas por otros medios de defensa judicial, y no impliquen la afectación de derechos fundamentales; (iv) cuando no se constata que la calidad del agua a la que se accede no es adecuada para el consumo humano; (v) cuando una persona está disfrutando el servicio de agua, por medios ilícitos, reconectándose a la fuerza, y se encuentra disfrutando del goce efectivo de su derecho al agua, por ejemplo, pierde la posibilidad de reclamar su protección mediante la acción de tutela. En este caso la persona no pierde sus derechos, pero sí la posibilidad de legitimar a posteriori sus actos de hecho mediante el procedimiento constitucional de la tutela; (vi) cuando una persona pretende acceder por sus propios medios al agua disponible, pero de una forma irregular, desconociendo los procedimientos y afectando el acceso de las demás personas de la comunidad que dependen de la misma fuente de agua; (vii) cuando la afectación a la salubridad pública, como obstrucción a tuberías de alcantarillado, no afecta el mínimo vital en dignidad de las personas; en tal caso, se trata de una afectación que puede ser reclamada judicialmente, pero que no es objeto de acción de tutela.”*. (Sublínea fuera del texto).

De acuerdo con la narración fáctica esta Sala descarta la acción popular como mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos invocados ya que de ellos no se desprende un interés colectivo; y, como quiera que ninguno de los supuestos jurisprudenciales reseñados se configura, es palmario que esta es la única vía judicial de que disponen los accionantes para hacer cesar la supuesta transgresión de su derecho fundamental al agua, en consonancia con la vida, la salud y la dignidad humana, pues, desde que habitan la vivienda de su propiedad, no han tenido acceso al mínimo vital requerido para el consumo humano. Criterio expuesto en recientes (2019) decisiones de la Alta Magistratura Constitucional[[9]](#footnote-9).

* 1. El derecho fundamental al agua potable

De tiempo atrás la jurisprudencia constitucional[[10]](#footnote-10) ha reconocido el derecho fundamental al agua, pese a que no está contemplado en la CP, en razón a su importancia para garantizar la vida, la salud y la dignidad humana; en efecto, expuso: *“(…) El agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela (…)”.*

Y, actualmente[[11]](#footnote-11) (2019), vinculó aquel razonamiento al cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en la Observación General No.15 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se reconoce su condición de derecho fundamental autónomo en el ámbito internacional de los derechos humanos, habida cuenta de que forma parte del bloque de constitucionalidad (Artículo 93, CP).

Las aludidas condiciones son el presupuesto para asegurar el derecho al agua potable y consisten en[[12]](#footnote-12): “*(…)* *(i)****disponibilidad****: el suministro de agua para cada persona debe ser continuo**y**suficiente para cubrir las necesidades básicas de uso personal y doméstico; (ii)****calidad****: el agua debe ser salubre para su consumo personal y doméstico; y (iii)****accesibilidad****: los servicios de abastecimiento de agua deben ser físicamente accesibles y económicamente asequibles para estar al alcance de todos los sectores de la población, sin discriminación alguna (…)”.*

Asimismo, aquella observación impone variadas obligaciones a los Estados que la CC[[13]](#footnote-13) destaca en su jurisprudencia: *“(…)* ***a)****Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;* ***b)****Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;* ***c)****Garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; (…)* ***e)****Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles; (…)* ***f)****Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacional sobre el agua para toda la población prestando especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados; (…)”.*

En síntesis, el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso suficiente, regular, salubre y equitativo al agua potable, sin discriminación alguna; y, le está prohibido negar el derecho al agua a hogares por razones de la clasificación de su vivienda o de la tierra en que se encuentran ubicados[[14]](#footnote-14).

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Partiendo de las premisas jurídicas anotadas, advierte esta Sala de la Corporación que se confirmará la decisión impugnada porque es evidente que la ESP “La Bella” trasgredió los derechos fundamentales de los accionantes, en consideración a que no ha tomado recaudo alguno para proveerles el servicio de agua potable, indispensable, para garantizar los derechos conexos a la vida, a la salud y a la dignidad humana; pero se modulará con base en el acervo probatorio y competencias de las demás autoridades implicadas.

La aludida ESP denegó el acceso al agua con fundamento en la Resolución No.1081 expedida por la CARDER el 15-06-2018 que prorrogó la concesión de aguas superficiales sobre las quebradas “Cabuyales” y “San Pablo” para consumo humano y uso doméstico; modificó el caudal concesionado; y, le ordenó: *“(…) buscar otra fuente de abastecimiento para suplir la demanda de los Suscriptores con los que cuenta actualmente; adicional a ello hasta que no encuentre otra fuente no podrá ampliar la cobertura de usuarios (…)”* (Folios 78-82, cuaderno No.1).

Empero, a la fecha no ha realizado ninguna gestión referente a la búsqueda de otra fuente hídrica; la única labor consistió en requerir a la CARDER con oficio del 06-06-2019 que modificará el caudal concesionado (Folio 83, ibídem), mas solo devino en una visita del 21-06-2019, donde la Corporación Autónoma describió cómo es el aprovechamiento de las quebradas, sin aludir al aumento del caudal (Folio 84, ib.).

Ahora, la Magistratura es consciente que la decisión de la CARDER procura preservar el cauce mínimo de los afluentes porque la sobreexplotación podría conllevar su eventual secamiento; daño ecológico que, además, afectaría a toda la comunidad que se abastece del recurso natural.

Sin embargo, aquella medida no es razón válida para privar a la familia accionante del líquido vital, por el contrario constituye un trato discriminatorio vedado por la regulación internacional acogida por Colombia, más aún cuando el grupo familiar está integrado por personas de especial protección constitucional (Esposo con discapacidad laboral e hijo menor).

Entonces, como el recurso es limitado, la accionada debió elaborar estrategias para asegurar el acceso al servicio en las condiciones mínimas de disponibilidad, calidad, accesibilidad y equidad para toda la comunidad, mas es notoria su pasividad.

Ha pasado más de un año desde que se expidió la orden administrativa, sin emplear medida alguna: *“(…) El prestador del servicio de acueducto en zona rural que no pueda suministrar agua potable de manera continua dentro de su área de prestación, podrá suministrarla de manera periódica, siempre y cuando se garantice la entrega de un volumen correspondiente al consumo básico (…)”* (Artículo 2.3.7.1.2.2.-3º, Decreto 1898 de 2016); y, tampoco acudió ante el ente territorial local para que la apoyara en la implementación de la soluciones alternativas para el aprovisionamiento del agua (Parágrafo 2º, artículo 2.3.7.1.2.3., Decreto 1898 de 2016).

Ahora, en lo atinente al reparo de la Alcaldía de esta municipalidad, es cierto que se carece de acciones u omisiones suyas amenazantes o agraviantes de los derechos de los accionantes, había cuenta de que nunca fue requerida para que solventara los problemas de agua que padecen; por lo tanto, se negará el amparo en su contra. No desconoce este juzgador que el ente territorial debe *“(…) apoyar técnicamente y mediante la financiación de proyectos a los prestadores de su jurisdicción y en la formulación e implementación de los planes de gestión (…)”* (Parágrafo 2º, artículo 2.3.7.1.2.3., Decreto 1898 de 2016), mas su intervención implica la denuncia previa de la comunidad o el requerimiento del prestador del servicio.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F a l l a

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Familia de Pereira.
2. MODIFICAR los numerales tercero y cuarto en el sentido de que es la Empresa de Acueducto y Alcantarillado del Corregimiento “La Bella” ESP la encargada de elaborar y ejecutar las gestiones necesarias para garantizar el servicio de agua potable a la familia accionante.
3. ADICIONAR los referidos numerales en el sentido de que la ESP deberá requerir a la Alcaldía de Pereira el apoyo técnico y financiero que necesario para elaborar y ejecutar el cometido reseñado.
4. REVOCAR el numeral quinto del fallo, y en su lugar, NEGAR el amparo contra la Alcaldía de Pereira, según lo expuesto.
5. REMITIR el expediente a la CC para su eventual revisión.

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*

1. CC. T-195 de 2019, SU-961 de 1999, T-890 de 2006, T-548 de 2011 y T-172 de 2013. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Civil. Sentencia del 09-03-2011, MP: Jaime A. Arrubla P., No.11001-02-03-000-2011-0-00. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-162 y-034 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-980 de 2012, T-348 de 2013, T-028 de 2014, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-348 de 2013, reiterada en la T-099 de 2017. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-418 de 2010, reiterada en la T-099 de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-012-2019 y T-044 de 2019. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-406 de 1992, T-578 de 1992, T-140 de 1994, T-431 de 1994, T-413 de 1995, T-227 de 2003, T-016 de 2007 y T-888 de 2008. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-418 de 2010, T-616 de 2010, T-131 de 2016, T-100 de 2017 T-118 de 2018 y T-012 de 2019. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-012 de 2019. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-14)