

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DECISIÓN



Magistrada Ponente:
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL N° 016 – SEGUNDA INSTANCIA N° 012
ACCIONANTE	ROSA TULIA GUTIÉRREZ Y OTROS
ACCIONADOS	GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA y EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA ENELAR E.S.P.
RADICADO	81-736-31-04-001-2022-00419-02
RADICADO INTERNO	2022-00369

Aprobado por Acta de Sala No. **056**

Arauca (Arauca), tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Subsanada la actuación procesal en virtud de la declaración de nulidad decretada por esta Magistratura, procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por **ROSA TULIA GUTIÉRREZ, SURELY HERNÁNDEZ RANGEL, CLAUDIA MARCELA MORENO RUBIO, WILMAR GUARÍN GUERRERO, YEINY JAQUELINE DÍAZ ORTIZ, DORELLY VÁSQUEZ ZUBIETA, KAREN ALEXANDRA QUIROGA BACCA y LUISA FERNANDA VILLAMIZAR CARRILLO**, frente al fallo proferido el 9 de diciembre de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), que negó el amparo de los derechos fundamentales a la *vivienda digna, a los servicios públicos domiciliarios -servicio de energía eléctrica-, a la educación, a la salud, a la familia, al libre desarrollo de la personalidad, a las comunicaciones, a la igualdad, a los derechos del menor y adolescentes y al mínimo vital*, invocados por los accionantes, dentro de la acción de tutela instaurada contra la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA** y la **EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA ENELAR E.S.P.**, trámite al que

Tutela 2° instancia
Radicado No. 81-736-31-04-001-2022-00419-01
Radicado Interno: 2022-00369
Accionante: Rosa Tulia Gutiérrez y otros.
Accionado: Gobernación De Arauca y Enelar E.S.P.
fueron vinculados la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE TAME**, la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** y el **INSTITUTO DE PLANIFICACIÓN Y PROMOCIÓN DE SOLUCIONES ENERGÉTICAS PARA LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS (IPSE)**.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante¹

De la lectura del escrito genitor y la revisión de las pruebas allegadas, se desprenden como fundamentos fácticos los siguientes:

Expusieron los accionantes que desde el año 2020 habitan en la vereda Bajo Cusay II, ubicado sobre la vía de Puente Tabla que conduce a la Y de Nápoles, en el Municipio de Tame (Arauca), y en la misma época iniciaron con el levantamiento y construcción de cada una de sus viviendas; sin embargo, carecen del servicio de fluido eléctrico, pese a que es un derecho fundamental.

Señalaron que las ocho (8) familias están integradas así:

CABEZA DE FAMILIA	EDAD ENTRE 0 Y 5 AÑOS	EDAD ENTRE 5 Y 10 AÑOS	EDAD ENTRE 10 Y 18 AÑOS	ESTUDIANTES PRIMARIA	ESTUDIANTES BACHILLERATO	MINUSVALIOS Y DISCAPACITADOS PERMANENTES	ADULTOS MAYORES DE 60 AÑOS
Rosa Tulia Gutiérrez	2	0	0	0	0	0	1
Surely Hernández Rangel	2	1	1	2	1	0	0
Claudia Marcela Moreno Rubio	1	1	0	1	0	0	0
Karen Alexandra Quiroga Bacca	1	1	0	2	0	0	0
Wilmar Guarín Guerrero	1	0	0	0	0	0	0
Yeiny Jaqueline Díaz Ortiz	0	0	0	0	0	0	1
Dorelly Vásquez Zubieta (**)	1	0	1	1	1	0	0
Luisa Fernanda Villamizar Carrillo	1	0	2	0	2	0	0

(**) madre cabeza de familia.

Por lo que son un grupo con características rurales similares, estratificación baja, y debido a la falta del servicio de energía eléctrica se han visto afectados otros derechos fundamentales tales como la vivienda digna y la educación de los menores que allí residen, dado que para los años

¹ Cuaderno del Juzgado. 03TutelaAnexos.

Tutela 2° instancia

Radicado No. 81-736-31-04-001-2022-00419-01

Radicado Interno: 2022-00369

Accionante: Rosa Tulia Gutiérrez y otros.

Accionado: Gobernación De Arauca y Enelar E.S.P.

2020, 2021 y parte de 2022 tuvieron que desertar de su colegio al no poder conectarse a clase virtualmente debido a la emergencia sanitaria ocasionada por el virus Covid-19.

Por ello, el 28 de junio de 2022 elevaron derecho de petición ante la empresa de energía Enelar E.S.P. de Arauca, solicitando la instalación del servicio domiciliario de electrificación rural, que fue resuelto por la entidad el 7 de julio de 2022 informando que ya había un proyecto existente por lo que no era posible incluir más usuarios, dado que con ello se modificaría la estructura del mismo.

Afirmaron que, *«desde la fecha en que se adelantó el levantamiento de la información para la elaboración del proyecto de electrificación rural (puntas y colas), ha transcurrido más de dos años, en los cuales, han acontecido muchas variables en número de requirentes del servicio de electrificación, modificaciones en ubicación de viviendas, nuevas solicitudes y demás aspectos; además, el proyecto mencionado en más dos (2) años han variado los costos y las condiciones contractuales, lo que se originaría un cambio sustancial en el costo del proyecto»*, además, *«como quedó planteado en el derecho de petición, los postes que se encuentran en el área y mano de obra no calificada, estaríamos en capacidad de aportar por la comunidad, por lo tanto la empresa ENELAR ESP aportaría el restante, como cable y transformador, para una distancia de línea de tensión media a 35 metros promedio lineales, algunos cables de tensión media prácticamente pasan por encima de nuestras viviendas»*.

Por último, advirtieron que el servicio de energía eléctrica hace parte del derecho fundamental a tener una vivienda digna, sin importar si es en zonas urbanas o rurales, por lo que pidieron ordenar a la Gobernación Departamental de Arauca y a la Empresa de Energía de Arauca Enelar E.S.P. **(i)** que, *«incluya a los suscritos accionantes en el proyecto que se encuentra en el banco de proyectos denominado “Ampliación electrificación veredas alta florida, alto cauca, bajo Cusay II, Corocito, florida baja, la arabia, la hermosa, la independencia, Macaguancito, Nápoles, Piñalito, Tamacay, Turpiales, bajo Cusay II, Caño Claro y Puerto Miranda municipio de Tame Departamento de Arauca por un valor de \$6.601.000.000” en consecuencia,*

*al no encontrarse en la actualidad definida la fuente de financiación del proyecto, se incluya a las ocho (8) familias accionantes y continuar con las gestiones pertinentes para la asignación de los recursos para la ejecución del proyecto, actualizando el costo del mismo, por cuanto fue elaborado en el año 2020, debiéndose actualizar los costos del proyecto con la inclusión de las ocho (8) familias al momento en que se consiga la fuente de financiación y la adjudicación de los recursos»; **(ii)** «que adelante la instalación de redes y conexión del fluido eléctrico desde la línea de alta hasta el sitio donde se encuentran ubicadas las ocho (8) viviendas de los suscritos accionantes, línea de media tensión distante a 35 metros promedio, prácticamente las línea se alta, media y baja pasan por encima de las ocho (8) viviendas de los accionantes» y, **(iii)** «que se asignen aportes subsidiados para la instalación del servicio domiciliario de energía eléctrica con destino a las ocho (8) viviendas, dada nuestra condición de familias vulnerables, y/o se den las condiciones de financiación del servicio de energía eléctrica domiciliario».*

Aportaron las siguientes pruebas: **i)** certificación expedida por el presidente de la Junta de Acción Comunal que acredita la residencia de Rosa Tulia Gutiérrez, Surely Hernández Rangel, Claudia Marcela Moreno Rubio, Wilmar Guarín Guerrero, Yeiny Jaqueline Díaz Ortiz, Dorelly Vásquez Zubieta y Karen Alexandra Quiroga Bacca en la vereda Bajo Cusay II durante un (1) año²; **ii)** certificación expedida por el presidente de la Junta de Acción Comunal que acredita la residencia de Luisa Fernanda Villamizar Carrillo en la vereda Bajo Cusay II durante dos (2) años³; **iii)** derecho de petición radicado el 28 de junio de 2022 solicitando la instalación del servicio domiciliario de electrificación rural⁴; **iv)** oficio de fecha 7 de julio de 2022 por el cual ENELAR da respuesta al derecho de petición elevado por los accionantes el 28 de junio de 2022⁵; y, **v)** cédula de ciudadanía de cada uno de los accionantes⁶.

2.2. Sinopsis procesal

² Cuaderno del Juzgado. 03TutelaAnexos. F. 23.

³ Ibid. F. 24.

⁴ Ibid. F. 25 al 30.

⁵ Ibid. F. 31 – 32.

⁶ Ibid. F. 33 al 41.

Presentada la acción constitucional el 28 de septiembre de 2022⁷, esta fue asignada por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que mediante auto de la misma data⁸, la admitió contra la Gobernación Departamental de Arauca y la Empresa de Energía de Arauca – Enelar E.S.P.

Notificada la admisión, las entidades llamadas al proceso se pronunciaron en los siguientes términos:

2.2.1. Empresa de Energía de Arauca - ENELAR E.S.P.⁹

La jefe de la Oficina Asesora Jurídica informó que los accionantes no pueden denunciar una vulneración de sus derechos fundamentales solo con el argumento de que no han sido incluidos en el proyecto denominado «*Ampliación electrificación veredas alta florida, alto cauca, bajo Cusay II, corocito, florida baja, la arabia, la hermosa, la independencia, Macaguancito, Nápoles, Piñalito, tamacay, turpiales, bajo Cusay II, caño claro y puerto miranda municipio de Tame Departamento de Arauca, por un valor de \$6.601.000.000*», pues como se les informó en respuesta al derecho de petición elevado el 28 de junio de 2022, el proyecto fue formulado en el año 2020 cuando los accionantes no residían en esa vereda, por lo que incluir nuevos usuarios modificaría la estructura del mismo, y conllevaría a iniciar nuevamente el proceso de formulación y elaboración.

Asimismo, precisó que un proyecto de inversión hace relación a un plan detallado de actividades destinadas a una acción económica futura, por lo que es necesaria la formulación y elaboración del proyecto, que incluye la identificación, preparación, evaluación financiera, evaluación de impacto social, entre otros, etapa que ya se encuentra agotada, comoquiera que ya se delimitaron en el estudio y fueron objeto para su desarrollo.

Advirtió que para los proyectos de expansión de redes eléctricas, se requiere el cumplimiento de algunos requisitos que lo hagan viable, uno de

⁷ Cuaderno del Juzgado. 02ActaReparto.

⁸ Cuaderno del Juzgado. 05AutoAdmite.

⁹ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaEnelar.

ellos es tener una vivienda determinada en esa zona, que para el tiempo de la formulación (año 2020) no la tenían los aquí accionantes, por tanto, se desarrolló con la información que existía para ese momento, y mal podría decirse que con tal actuación la entidad estaría vulnerando sus derechos fundamentales, pues los mismos iniciaron la construcción de sus viviendas de manera posterior al evento.

Por lo anterior, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva ya que son las entidades territoriales a quien les corresponde la obligatoriedad de desarrollar proyectos de expansión de redes eléctricas, además, solicitó se declare la improcedencia de la presente acción constitucional por no ser el medio idóneo para la protección de los derechos invocados.

2.2.2. Gobernación Departamental de Arauca¹⁰

Indicó que la competencia para prestar el servicio de energía eléctrica la tiene Enelar E.S.P. y no el Departamento de Arauca, pues este último no es prestador de servicios públicos domiciliarios, por tanto, pidió su desvinculación al alegar que no ha vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes, dado que no es el ente competente para incluir a los usuarios en un proyecto ya existente.

2.3. Actuación posterior

Mediante providencia del 12 de octubre de 2022¹¹, el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca) negó la protección *ius* fundamental deprecada.

Decisión que fue impugnada oportunamente por los accionantes; sin embargo, por auto de 22 de noviembre de 2022 la suscrita magistrada declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto de 28 de septiembre de 2022, que admitió la tutela, para que en su lugar se rehiciera la actuación e integrara debidamente el contradictorio con la vinculación de la Alcaldía

¹⁰ Cuaderno del Juzgado. 08RespuestaGobernación.

¹¹ Cuaderno del Juzgado. 09Sentencia.

Municipal de Tame, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas (IPSE).

Devuelto el expediente al juzgado de origen, por oficio de 24 de noviembre de 2022 el *a quo* dispuso la notificación del auto admisorio de la tutela a las citadas entidades y se recibió respuesta de las siguientes:

2.3.1. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios¹²

Indicó que revisada su base de datos no se encontró documento o trámite alguno relacionado con las reclamaciones que por esta vía ventilan los aquí accionantes, por lo que carece de legitimación en la causa por pasiva.

Explicó que de conformidad con la Ley 142 de 1994 y el Decreto 990 de 2002 *«la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se circunscribe a la vigilancia, inspección y control de las actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios relacionadas con la prestación del servicio público a su cargo. De tal suerte, la Superintendencia no es responsable ni solidaria en las decisiones y actuaciones de la empresa, ni le es permitido, de acuerdo a las funciones encomendadas por la Ley 142 de 1994, cuestionar o revisar los actos de los vigilados referentes a temas diferentes a la prestación del servicio público domiciliario»*.

2.3.2. Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas (IPSE)¹³

También alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, porque no es la responsable de prestar el servicio de energía eléctrica en el municipio de Tame, lo cual es competencia de Enelar y del respectivo ente territorial, en los términos del artículo 1°, numeral 5 de la Ley 142 de 1994.

¹² Cuaderno del Juzgado. 18RespuestaSuperservicios.

¹³ Cuaderno del Juzgado. 19RespuestaIPSE.

Además, después de verificar sus bases de datos, advierte que, *«dada la naturaleza de la solicitud de los accionantes y por tratarse de usuarios interconectables al Sistema Interconectado Nacional (SIN), la situación expuesta por los accionantes no es competencia por parte del Instituto, teniendo en cuenta que, como se advirtió líneas arriba, el marco misional e institucional del IPSE se encuentra enfocado a las Zonas No Interconectables (ZNI)»*.

2.4. La decisión recurrida¹⁴

Por sentencia de 9 de diciembre de 2022, el Juzgado negó la protección *ius* fundamental pretendida, al estimar que los promotores acudieron directamente a este mecanismo excepcional con el fin de ser incluidos en el proyecto a cargo de Enelar ESP denominado *«Ampliación electrificación veredas alta florida, alto cauca, bajo Cusay II, corocito, florida baja, la arabia, la hermosa, la independencia, Macaguancito, Nápoles, Piñalito, tamacay, turpiales, bajo Cusay II, caño claro y puerto miranda municipio de Tame Departamento de Arauca por un valor de \$6.601.000.000»*, aludiendo tal derecho por ser residentes del sector desde el año 2020; sin embargo, lo que evidencia las pruebas allegadas es que los señores Rosa Tulia Gutiérrez, Surely Hernández Rangel, Claudia Marcela Moreno Rubio, Wilmar Guarín Guerrero, Yeiny Jaqueline Díaz Ortiz, Dorelly Vásquez Zubieta y Karen Alexandra Quiroga Bacca son residentes de la vereda Bajo Cusay II desde hace aproximadamente un año, según lo certificado por el presidente de la Junta de Acción Comunal en oficio de 7 de junio de 2022, lo que quiere decir que los tutelantes viven allí desde mediados el año 2021, y la formulación y levantamiento de información en el sector se realizó durante la vigencia del 2020, fecha en la que ninguno de los prenombrados residían o tenían asentamiento en dicho lugar, *«razón por la cual, la solicitud de los accionantes de ser incluidos en este proyecto resultaría inadmisibile por cuanto en este ya se encuentra agotada la etapa de formulación donde incluye la identificación, preparación, evaluación financiera, evaluación de impacto social, entre otros factores, situaciones estas que ya se delimitaron en el estudio del mismo y que fueron objeto para su elaboración, esto es, ya*

¹⁴ Cuaderno del Juzgado. 20Sentencia.

se encuentra en la etapa de definir la fuente de financiación para la asignación de recursos, y la inclusión de más usuarios modificaría la estructura total del proyecto conllevando a que se iniciara nuevamente su formulación y elaboración».

Adicionalmente, advirtió que *«los accionante no agotaron otros medios de defensa a su alcance para salvaguardar los derechos presuntamente vulnerados, por lo tanto, la acción de tutela no puede convertirse en un recurso adicional o supletivo de las instancias ordinarias, por ende, atendiendo que la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho o como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable el cual en el presente asunto no se encuentra demostrado».*

2.5. La impugnación¹⁵

Inconforme con la decisión, los accionantes la *impugnaron*, oportunidad en la cual insistieron en los argumentos planteados al interponer la acción constitucional y manifestaron que el Juez de primera no tuvo en cuenta que plantearon diferentes soluciones para ser incluidos en el proyecto, además, si bien es cierto residen en el lugar *«desde inicios y mediados de 2021»*, la construcción de sus viviendas las iniciaron en el año 2020, por tanto entienden que ya estaba la formulación del proyecto y es por ello que sugirieron distintas alternativas, e incluso propusieron aportar los postes de cemento y la mano de obra no calificada.

Por lo anterior, solicitaron tener en cuenta los derechos fundamentales vulnerados con el fin de tomar una decisión conforme a las pretensiones de la presente acción constitucional.

III. CONSIDERACIONES

¹⁵ Cuaderno del Juzgado. 22ImpugnacionAccionantes.

3.1. Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada por **ROSA TULIA GUTIÉRREZ y OTROS**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política.

3.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Colegiatura determinar si la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA** y la **EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA ENELAR E.S.P.** transgredieron los derechos fundamentales de los accionantes, con ocasión de su negativa a incluirlos en un proyecto de ampliación de redes eléctricas en varias veredas del municipio de Tame.

3.3. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

3.3.1. Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En el caso en concreto, la solicitud de amparo fue presentada directamente por los accionantes, como titulares de los derechos fundamentales que dicen vulnerados, de manera que puede establecerse sin dificultad que se encuentran legitimados para el efecto.

3.3.2. Legitimación por pasiva

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares, por lo que se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva en relación con la Gobernación del Departamento de Arauca, la Empresa de Energía de Arauca

Enelar E.S.P. y la Alcaldía Municipal de Tame, entidades que en los términos de los artículos 311 de la Constitución Política y artículo 5 de la Ley 142 de 1994, son las encargadas de «Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio».

3.3.3. Inmediatez

Refiere a la interposición de la solicitud de amparo dentro de un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos, para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, aspecto igualmente acreditado, porque fue interpuesta en un término razonable, oportuno y proporcional al acontecimiento que dio inicio a esta acción, esto es, el oficio de 7 de julio de 2022 mediante el cual Enelar dio respuesta al derecho de petición elevado por los accionantes el 28 de junio de 2022.

3.3.4. Trascendencia *Ius-fundamental*

Tiene adocinado el máximo tribunal de justicia constitucional, que este requisito se supera cuando la parte accionante demuestra que en el caso objeto de estudio se involucra algún *debate jurídico* que gire en torno del contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental; aspecto que se cumple en el asunto sometido a consideración, toda vez que, de los hechos expuestos en la demanda, se colige que lo pretendido por el extremo activo es la protección, por parte del juez constitucional, de sus derechos fundamentales a la *vivienda digna, a los servicios públicos domiciliarios - servicio de energía eléctrica-, a la educación, a la salud, a la familia y mínimo vital*.

3.3.5. Presupuesto de *subsidiariedad*

Respecto al principio de *subsidiariedad* de la acción de tutela, esta ha sido instituida como un mecanismo ágil y expedito para que todas las personas reclamen ante los jueces de la república la protección de sus

derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten *vulnerados o amenazados* por la actuación u omisión de cualquier *autoridad* o de los particulares, en los casos previstos en la ley (art. 86 de la C.N.).

Sobre su naturaleza se tiene que, entre otros, ostenta carácter subsidiario, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro medio eficaz e idóneo para la protección de los derechos presuntamente conculcados, salvo que se invoque el amparo constitucional para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; residual, en la medida en que complementa aquellos medios previstos en el ordenamiento que no son eficaces para la protección de los derechos fundamentales; informal, toda vez que se tramitan por esta vía las violaciones o amenazas de los derechos que por su evidencia no requieren la confrontación propia de un proceso ante la justicia ordinaria.

Así, uno de los presupuestos generales de procedencia de la acción constitucional¹⁶ es el agotamiento de *«todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable»*.¹⁷ Baste, entonces, con que se incumpla tal requisito, para relevar al juez constitucional del estudio de fondo del asunto puesto a su conocimiento.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de la Corte Constitucional, deben concurrir los siguientes elementos: **(i)** el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; **(ii)** las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; **(iii)** el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento trascendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y la **(iv)** respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias CC T-260 de 18 y C-132 de 2018.

¹⁷ Ibid.

criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable¹⁸.

De igual forma, ese Alto Tribunal ha considerado que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de *“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”*¹⁹

3.4. El servicio de energía eléctrica en conexidad con los derechos fundamentales.

Los servicios públicos domiciliarios son reconocidos por el artículo 365 de la Constitución Política como *«inherentes a la finalidad social del Estado»* e imponen al Estado el deber de *«asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional»*.

Frente al servicio de energía eléctrica la legislación nacional reconoce su carácter esencial. El artículo 5° de la Ley 143 de 1994 indica que *«la generación, interconexión transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente, por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública»*.

De igual forma, esta ley incluye el principio de equidad en la prestación del servicio al establecer en su artículo 6° que *«por el principio de equidad el Estado propenderá por alcanzar una cobertura equilibrada y adecuada en los servicios de energía en las diferentes regiones y sectores del país, para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de toda la población»*.

En lo que se refiere a la prestación del servicio público de energía hay tres medios judiciales ordinarios de defensa: **(i)** la acción popular para el

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-058 de 2016.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-747 de 2008, reiterada en la T-058 de 2016, entre otras.

acceso al servicio público de energía y que su prestación sea eficiente y oportuna, **(ii)** la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos que expide la empresa por facultades especiales derivadas de la prestación del servicio público y, **(iii)** el proceso de responsabilidad civil extracontractual por daños derivados por la omisión en el mantenimiento de las redes de energía²⁰.

No obstante, la Corte Constitucional ha expresado que las reclamaciones por concepto de acceso a servicios públicos son procedentes vía tutela, siempre y cuando *«del mismo dependa un derecho fundamental como la salud o la vida; por ejemplo cuando la existencia de una persona dependa de un instrumento médico que debe estar conectado al fluido eléctrico»*, lo que significa, *«que no existe un derecho fundamental autónomo al acceso a la energía eléctrica, sino que el mismo podrá ser protegido por vía de acción constitucional cuando tenga conexidad con otros derechos fundamentales; situación que deberá ser estudiada de manera exhaustiva por el juez de tutela, con el fin de establecer si del acervo probatorio, se puede inferir que la falta de dicho servicio público causa una efectiva vulneración a un derecho fundamental del accionante (...) o cuando existe la amenaza de consumación de un perjuicio irremediable en la órbita de este derecho fundamental»*²¹ (Subraya fuera de texto).

3.5. Caso concreto

De conformidad con esas premisas, el debate constitucional aquí planteado se enmarca en la reclamación de los accionantes de acceder al servicio de energía eléctrica en la zona veredal donde residen, a través de su inclusión en el proyecto de ampliación de redes eléctricas que viene adelantando la empresa ENELAR, por lo que la vía idónea y efectiva para su resolución es la acción popular, debido a que la acción de tutela se interpone para obtener la protección de derechos colectivos de un grupo poblacional determinado, quienes si bien también invocaron la salvaguarda de los derechos fundamentales a la *vivienda digna, educación, salud y mínimo vital*, tanto de ellos como de los menores de edad que integran los núcleos

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-084 de 2021.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-752 de 2011, reiterada en la T-180 de 2020, entre otras.

familiares y quienes, dicen los tutelantes, no pudieron continuar estudiando por la falta de este servicio, en el expediente no obran pruebas o evidencia que confirmen tales afirmaciones y de las que se pueda inferir afectación alguna de las garantías a la salud o la vida de los accionantes, dado que no acreditaron un principio de necesidad ni la gravedad de su situación económica, la inminencia del daño, la urgencia del resguardo o su impostergabilidad, ingredientes normativos propios para la configuración de un perjuicio irremediable.

En efecto, la acción popular se encuentra regulada en la Ley 472 de 1998, *«Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones»*, cuyo artículo 2 dispone que las acciones populares son «los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible»; y en su artículo 4 literal j, uno de los derechos e intereses colectivos que se mencionan es el relacionado con el «acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna». Mecanismo judicial que se caracteriza por contemplar instrumentos y herramientas para que los interesados tengan la oportunidad de reclamar sus derechos y formular oposiciones frente a las actuaciones de las partes involucradas, sumado a que otorga amplias oportunidades para solicitar o controvertir pruebas y si es del caso interponer recursos (Subraya fuera de texto).

Adicionalmente, no está probado que los accionantes hayan recurrido previamente a la Gobernación de Arauca y/o la Alcaldía Municipal de Tame para tramitar su requerimiento, máxime que, según la respuesta dada por la misma empresa de energía, la razón de negar su inclusión en el citado proyecto de ampliación de las redes eléctricas, obedeció a que para la fecha de levantamiento de la información (2020), ninguno de los aquí accionantes residía en la vereda Bajo Cusay II y algunas viviendas ni siquiera estaban construidas, hechos que por demás fueron aceptados por los mismos actores; máxime que, una vez concluido el trámite de reclamación, se produce un acto administrativo que sería susceptible de control judicial y

Tutela 2° instancia

Radicado No. 81-736-31-04-001-2022-00419-01

Radicado Interno: 2022-00369

Accionante: Rosa Tulia Gutiérrez y otros.

Accionado: Gobernación De Arauca y Enelar E.S.P.

este sería otro mecanismo de defensa para cuestionar la supuesta ilegalidad de la actuación de Enelar.

Lo anterior evidencia no solo que incumplieron el presupuesto de subsidiariedad de la acción de tutela, sino además la ausencia de un perjuicio irremediable, pues como bien se sabe, este es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, que requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan.

Al respecto, se recuerda que el artículo 311 de la Constitución Política consagra:

«Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes».

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 142 de 1994, establece:

«COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS EN CUANTO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente».

Y el artículo 7° ibidem, señala:

«Son de competencia de los departamentos en relación con los servicios públicos, las siguientes funciones de apoyo y coordinación, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan las asambleas:

7.1. Asegurar que se presten en su territorio las actividades de transmisión de energía eléctrica, por parte de empresas oficiales, mixtas o privadas.

7.2. Apoyar financiera, técnica y administrativamente a las empresas de servicios públicos que operen en el Departamento o a los municipios que hayan asumido la prestación directa, así como a las empresas organizadas con participación de la

Tutela 2° instancia

Radicado No. 81-736-31-04-001-2022-00419-01

Radicado Interno: 2022-00369

Accionante: Rosa Tulia Gutiérrez y otros.

Accionado: Gobernación De Arauca y Enelar E.S.P.

Nación o de los Departamentos para desarrollar las funciones de su competencia en materia de servicios públicos (...).

Sobre la obligación que tienen los municipios de garantizar el servicio público de energía eléctrica a sus respectivos habitantes, la Corte Constitucional en sentencia T-367 de 2020, recordó:

*«De conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y, por lo tanto, del servicio público de energía eléctrica a todos los habitantes del territorio nacional, bien sea de manera directa o indirecta. Además, le corresponde la regulación, control y vigilancia respecto de su prestación. Adicionalmente, el artículo 311 de la Carta señala que los municipios, como entidades fundamentales de la división político-administrativa del Estado, tienen la obligación de prestar los servicios públicos que determine la ley. Dicho deber constitucional se concreta en el numeral 1° del artículo 3° de la Ley 136 de 1994, “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, y los artículos 5 y 6 de la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. **Dichas normas establecen que la administración municipal es la principal garante y gestora en materia de servicios públicos.***

*En línea con lo anterior, **es obligación de los municipios contar con un plan para garantizar la prestación, en condiciones de eficiencia y calidad, regularidad y continuidad, solidaridad y universalidad, de los servicios públicos domiciliarios y, en particular, del servicio público de energía eléctrica en condiciones de seguridad.** Adicionalmente, vale la pena resaltar que la jurisprudencia de esta Corte ha exaltado la importancia de las políticas públicas de las cuales depende el goce efectivo de los derechos fundamentales. En efecto, esta Corporación ha instado a los jueces de tutela a comprender las complejidades que deben enfrentar las instituciones del Estado para cumplir las obligaciones de proteger las facetas de carácter prestacional o progresivo de los derechos fundamentales, sin que ello obligue a los jueces a hacer caso omiso de las violaciones o amenazas que se prueben y verifiquen en los procesos de tutela».*

Así las cosas, permitir que sin el oportuno agotamiento de los instrumentos ordinarios se acuda directamente al juez de tutela, sería aceptar que este mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales pierda tal carácter y se convierta en general y paralelo a los mismos, lo que de suyo se opone expresamente a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el cual dispone: *«Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial»*; y que reafirma el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991: *«La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales».*

Por todo lo anterior, lo pertinente es revocar la decisión impugnada que negó el amparo para, en su lugar, declarar improcedente la acción de

Tutela 2° instancia

Radicado No. 81-736-31-04-001-2022-00419-01

Radicado Interno: 2022-00369

Accionante: Rosa Tulia Gutiérrez y otros.

Accionado: Gobernación De Arauca y Enelar E.S.P.

tutela por no superar el presupuesto de procedibilidad general relacionado con la subsidiariedad.

IV. DECISIÓN

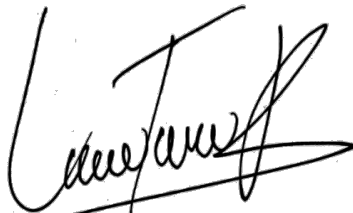
P Por lo expuesto, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo impugnado para, en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción constitucional instaurada, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Por secretaría **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes y al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LAURA JULIANA TAFURT RICO

Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Magistrada



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ

Magistrada