

Sentencia T-220-09

(Marzo 27, Bogotá DC)

Referencia: Expediente T-2.111.639

Accionante: Lina Marcela Londoño Buitrago en nombre de su menor hijo.

Accionados: Electricaribe S.A.

Fallos de tutela objeto revisión: sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla del 28 de julio de 2008 (confirmatoria de la sentencia del Juzgado Catorce Civil Municipal de Barranquilla del 12 de junio del mismo año, la cual negó el amparo constitucional).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Cristina Pardo Schlesinger (E), Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

1.1. Derechos fundamentales invocados: derecho a la vida digna y a la salud.

1.2. Conducta que causa u ocasiona la vulneración: la suspensión recurrente del servicio de energía, por la entidad accionada, en el barrio donde el menor habita, considerando que los médicos del accionante recomendaron para el menor su permanencia en espacios con aire acondicionado o bajo la ventilación de un abanico, dada su patología (Encefalopatía Epiléptica Infantil Precoz).

1.3. Pretensión del accionante: ordenar a la accionada tome las medidas necesarias para instalar en la casa donde habita el niño el servicio de energía eléctrica en forma permanente.

1.4. Fundamentos: (i) por sufrir de ENCEFALOPATÍA EPILÉPTICA INFANTIL PRECOZ, al menor le fue practicada una cirugía donde le implantaron válvulas que le facilitan la oxigenación cerebral; (ii) la suspensión del servicio de energía, de tres a cuatro veces diarias, impide atender la prescripción dictada por el médico en salvaguarda de la salud y la vida del menor, para lo cual requiere “un ambiente totalmente fresco, con aireación óptima para que el niño pudiese estar en condiciones de sobrevivir”.

2. Respuesta de la entidad accionada.

Fernando León Ferrer Ucros, abogado de la unidad legal de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. -ELECTRICARIBE-, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela con los siguientes argumentos:

2.2. La accionada y el barrio El Ferry - distrito de Barranquilla -, realizaron un convenio de condiciones uniformes para el suministro de energía eléctrica, y actualmente dicho barrio ostenta la calidad de “moroso”.

2.3. Ordenar lo requerido por el accionante va en detrimento de los intereses de la empresa comercializadora, puesto que generaría pérdidas para la misma y pondría en peligro el servicio de energía en otros sectores.

2.4. La normalización del servicio de energía eléctrica en zonas subnormales le corresponde en este caso al Distrito de Barranquilla.

2.5. Las interrupciones del servicio se hacen de acuerdo con los marcos legales y contractuales que rigen la prestación del servicio en zonas subnormales, y van de la mano con el porcentaje de recaudo de los pagos que debe hacer la comunidad a un suscriptor único que a su vez debe realizar los pagos totales a la empresa.

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. Al menor hijo de la accionante, de 5 años de edad¹, le fue diagnosticado ENCEFALOPATÍA EPILÉPTICA INFANTIL PRECOZ, el 7 de julio de 20042.

3.2. De acuerdo con la manifestación hecha en la demanda, al menor le fue practicada una operación en el cerebro y le fueron implantadas válvulas que le facilitan la oxigenación

cerebral³.

3.3. Según lo planteado en la solicitud de amparo, “las altas temperaturas que se dan en la Costa Atlántica sobre todo en las épocas de invierno, lo agobian por completo provocándole situaciones de alto riesgo para su salud y su vida como consecuencia de la problemática orgánica cerebral que padece”⁴.

3.4. Asegura el apoderado del accionante que los médicos recomendaron a la señora Lina Marcela que para salvaguardarle la salud y la vida del menor “era menester que se le garantizara al niño un ambiente totalmente fresco, con aireación óptima para que el niño pudiese estar en condiciones de sobrevivir”⁵.

3.5. Por otro lado, el actor manifiesta que reside en Calle 6 No. 7 A - 05 del Barrio Primero de Mayo, donde “la empresa Electricaribe S.A. le esta suspendiendo el fluido eléctrico 2 y hasta 3 (tres) veces al día (...)”⁶.

3.7. Con la demanda adjunta la historia clínica del accionante, la cual no es legible⁸. De la misma manera anexan 3 fotos del menor donde intentan demostrar la diferencia física del niño cuando cuento con el aire acondicionado y el abanico y cuando no⁹.

3.8. Se adjuntan también varias copias del recibo con sello de cancelado de mayo de 2008, de la misma factura emitida a dirección de la demandante por el recaudador autorizado en marzo 27 del 2008¹⁰.

3.9. El 25 de agosto de 2003, la Secretaria de Planeación Distrital (E) de Barranquilla, envió a la coordinadora de trabajo comunitario zona Atlántico Luisa Rodríguez Vásquez, remitiendo un listado de los barrios que de conformidad con el Decreto 155 de 1993 tiene establecidas las respectivas delimitaciones, dentro de los cuales se encuentran en barrio Primero de Mayo ubicado en la zona Ferry. Además, emite un concepto favorable donde indica que dichos barrios deben tenerse en cuenta como uno de los esenciales cometidos municipales para el progreso local, y asegurar que se preste a sus habitantes el servicio publico de energía eléctrica a la luz de la ley 142 de 1994. Finalmente señala “se expide la certificación a solicitud de Electricaribe S.A.”¹¹.

3.10. El 17 de junio de 2004, Energía Social de la Costa S.A. E.S.P. y la Asociación de

vecinos de la zona el Ferry, realizaron un acuerdo de prestación del servicio de energía: Como puntos principales se destacan: i) que la facturación va a ser mensual y la factura sería entregada en la carrera 7 No. 5B-22; ii) que el municipio de Barranquilla garantiza el cumplimiento del contrato (apropiación presupuestal); iii) el acuerdo fue firmado por el alcalde municipal, por el representante de Energía Social S.A., el representante del suscriptor comunitario y por Electricaribe como distribuidor¹². Adjunto con lo anterior, se encuentra el documento que contiene las condiciones generales de los acuerdos de prestación del servicio de energía en zonas especiales¹³.

3.11. El anexo 1 del acuerdo mencionado, refiere la fórmula para establecer el periodo de continuidad del servicio de energía, así: “Suma de porcentaje subsidiado + suma de porcentaje recaudado = porcentaje de energía entregada diariamente”¹⁴. Lo anterior obedece a que de acuerdo con el convenio citado, “La continuidad del suministro de energía eléctrica se establecerá teniendo en cuenta las necesidades del SUSCRIPTOR COMUNITARIO, su capacidad de pago ...y el mejoramiento progresivo de índices de recaudo y pérdidas...Lo anterior sin perjuicio de las interrupciones que por concepto de fuerza mayor o caso fortuito se presenten en el circuito”. El N^o de horas de entrega de energía diaria resulta de la “Valoración del porcentaje de energía diario que deberá ser entregado, en número de días, de acuerdo al recaudo obtenido por el suscriptor comunitario”.

3.12. El 20 de mayo de 2008 los líderes de los sectores Las Ferias, El Ferry y Primero de Mayo, convocados por Energía Social S.A., trataron diferentes temas, entre ellos las interrupciones del fluido eléctrico -PCC-. De dicho tema se concluyó lo siguiente:

“- El ingeniero (...) explicó todos los trabajos que se están realizando en el circuito (...) para mejorar el servicio de energía en el sector, por ende disminuyan las interrupciones de energía en el sector....

* Actualmente en el comportamiento del pago promedio de cada uno de los barrios es el siguiente: Ferry 27%, las Ferias 22% y Primero de Mayo 21%.

* Para evitar los PCC, o no realizar los PCC, los barrios deberán superar el 60% del consumo comunitario.

* Los PCC aumentarán o disminuirán, dependiendo el valor recaudado, porcentualmente aumenta o disminuye”.

Además se aclaró que las interrupciones son de 10:00 a.m. a 1 p.m., y que las que trascurren en el resto del día son daños que ocurren en el circuito.

3.13. La accionada y el barrio El Ferry del distrito de Barranquilla, realizaron un convenio de condiciones uniformes para el suministro de energía eléctrica, y actualmente dicho barrio ostenta la calidad de “moroso”;

4. Decisiones de tutela objeto de revisión.

4.1. El Juzgado Catorce Civil Municipal de Barranquilla.

El 12 de junio de 2008, el juez de instancia decidió negar el amparo deprecado en la demanda, argumentando.

“Así las cosas, como quiera que de no recibir la prestación del servicio de la energía eléctrica que se ha mencionado, se afecta ostensiblemente la vida del menor en las más elementales condiciones de dignidad e incluso se pone en serio peligro su subsistencia; este despacho considera que se deber realizar una interpretación sistemática de las normas constitucionales aplicables, es decir, en aplicación directa de la Constitución, en este caso concreto, no es posible ordenar a la Empresa Electricaribe S.A. ESP., que instale el servicio de energía solo a la vivienda del accionante, por lo que se estaría contradiciendo el principio Constitucional que establece la prevalencia del interés General sobre el interés particular, ya que si solo se instala en este inmueble, también se debería instalar el servicio en todos los inmuebles del sector, más aún si en este caso estamos frente a una Entidad Privada que presta un servicio a cambio del pago de dinero, por lo que no se puede amparar las peticiones solicitadas por el accionante a través de la acción de tutela.”

4.2. Impugnación.

El apoderado del accionante impugnó el fallo del a-quo reiterando los argumentos de la demanda y resaltando que en reiterada jurisprudencia Constitucional, se ha mencionado que el derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual.

4.3. Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla.

El 28 de julio de 2008, el juez de segunda instancia confirmó el fallo considerando:

“Pues bien, tal como lo expresó en su fallo el A-quo, no es facultativo de éste despacho ordenar la conexión del servicio eléctrico, pues media entre las partes un convenio para la suspensión periódica del servicio eléctrico, denominada periodo de continuidad, del cual depende, de manera exclusiva la prestación del servicio en esa misma zona, así como en otros barrios subnormales de la ciudad de Barranquilla, por lo que el incumplimiento de dicho acuerdo, traería un desequilibrio para la prestación del servicio eléctrico, afectando de manera directa el mismo lugar de habitación del menor.”

5. Trámite en sede de revisión.

Mediante Auto del seis (06) de febrero de 2009, la Sala de revisión vinculó en el proceso a SALUDCOOP-COOMEVA y a la Alcaldía de Barranquilla, con el fin de que se pronuncien acerca de los hechos de la demanda y así mismo respondan a las siguientes inquietudes:

5.1. Saludcoop-Comeva.

“-¿Cuál es el estado de salud actual del niño (...), qué enfermedades padece y cuáles son los tratamientos que se le vienen realizando o recomendando?

-¿Qué tratamiento le fue prescrito por el doctor Iván Stand, con base en que patología y cuáles son los beneficios del mismo en la salud del menor¹⁵?

-¿Para mejorar las condiciones de salud del menor es necesario el uso permanente de aire acondicionado o de un ventilador?

-¿De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, durante cuánto tiempo sería necesario el uso del aire acondicionado o ventilador, para obtener un resultado positivo en el tratamiento?

-¿Cuáles son las consecuencias negativas de no utilizar en forma permanente un ventilador o aire acondicionado y que tratamientos alternativos existen para mejorar

el estado de salud del menor?

-¿De no ser posible el uso de aire acondicionado o ventilador que soluciones o procedimientos alternativos serían procedentes?”

Mediante oficio OPTB 016-09 la entidad fue notificada del contenido del Auto del seis (06) de febrero de 2009 de vinculación y de la totalidad del proceso de tutela, y se pronunció dentro del término probatorio dispuesto en el mismo, para informar que: (i) se realizó una “auditoría externa sobre el caso del menor (...)” (ii) “el diagnóstico por el cual viene siendo tratado es por ASMA NO ESPECIFICADA”; (iii) “el tratamiento prescrito por el Dr. IVÁN STAND NIÑO con especialidad en NEUMOLOGIA consiste en medicaciones especiales para tratar el cuadro asmático tales como beclometasona dioropínato aerosol bucal, terbutalina solnebul, salbutamol erosol, hidroxido aluminio, hidroxido de magnesio, simeticona mas solución salina”. Añaden que “Con relación a la pregunta sobre si para mejorar las condiciones de salud del menor es necesario el uso permanente de aire acondicionado o de un ventilador, se ha hecho la consulta de los médicos especialistas y generales que han venido tratando al menor (...) en la ciudad de Barranquilla, y desconocen haber dado esta recomendación”.

5.2. Alcaldía de Barranquilla: informe sobre los programas de reubicación de familias localizadas en zonas marginales, zonas de alto riesgo o barrios subnormales, que tenga esa administración. La Oficina Jurídica de la Alcaldía, dio respuesta a los requerimientos hechos en el auto, manifestando:

- Que realizaron una visita a la vivienda ubicada en la calle 6 No. 7 A - 05 del barrio Primero de Mayo, el cual se encuentra dentro del perímetro urbano del Distrito de Barranquilla para constatar las condiciones en que se encuentra el menor.

- Verificado el estado de salud del menor, consideran necesario el servicio de energía pues, a su juicio, para continuar viviendo en condiciones dignas es imperioso el uso de por lo menos un aire acondicionado o en su defecto un abanico para el menor.

- Que conforme a la información suministrada por la oficina de prevención y atención de emergencias y desastres se encontró: “que la vivienda ubicada en la calle 6 No. 7 A - 05, NO se encuentra en alguna de las zonas de alto riesgo y NO APLICA a ninguna de las

posibles postulaciones para la reubicación o reasentamiento que maneja la oficina de prevención y atención de desastres del Distrito de Barranquilla.”

- A pesar de constatar que se vienen adelantando trabajos de normalización del suministro del servicio de energía eléctrica, conminaron a la empresa Electricaribe S.A. para que suministre el servicio domiciliario de energía eléctrica de forma continua y eficiente en el barrio Primero de Mayo y se procure la normalización del servicio.

5.3. Intervención del apoderado de la parte demandante. El apoderado de la parte demandante remitió vía fax 2 hojas contentivas de la historia clínica del menor en cuyo nombre se interpone la tutela¹⁶, al igual que la prescripción del neumólogo tratante doctor Iván Stand en el sentido de mantener al menor en un “ambiente de temperatura estable sin cambios extremos”¹⁷

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela, con base en la Constitución Política - artículos 86 y 241 numeral 9 -, desarrollada en el Decreto 2591 de 1991 - artículos 33 a 36 -, conforme con el reparto dispuesto en el auto de selección del 18 de noviembre de 2008.

2. Problema jurídico.

En el presente caso corresponde a la Sala determinar si a Electricaribe S.A., en su condición de empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía eléctrica, se le puede imputar la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del menor hijo de la demandante, por los cortes e interrupciones en el suministro del servicio de energía, en razón del convenio celebrado con la comunidad, la mora en el pago de lo acordado en el convenio y las labores que para la normalización del suministro del servicio viene realizando la empresa.

Antes de analizar el caso concreto la Corte examinará lo relativo a (i) el derecho a la salud y a la vida digna; y (ii) las obligaciones de las empresas de energía en los barrios subnormales.

3. Consideraciones generales.

3.1. El derecho a la salud y a una vida digna.

3.1.1. El derecho a la vida humana se encuentra en la Constitución Política, como un valor superior que deben garantizar las autoridades de la República y vincula a los particulares. Los artículos 11 y 13 Superiores consagran la inviolabilidad del derecho a la vida y establecen como un deber del Estado, su protección, en especial para personas que por su condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

3.1.2. De igual manera, esta Corporación en diferentes providencias¹⁸ ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos; y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral, correspondiendo a una noción de “existencia digna”, conforme con lo dispuesto en el artículo 1º Superior que establece que la República se funda “en el respeto de la dignidad humana.”

3.1.3. Adicionalmente la Constitución Política, reconoce a los derechos de los menores categoría de fundamentales y un valor prevalente, al indicar que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (art. 44, CP). Respecto de la especial protección que confiere la carta a los derechos de los menores la jurisprudencia de la Corte ha indicado que ella “encuentra sustento en varias razones, entre las cuales se resaltan tres. La primera es que la situación de fragilidad en que están los menores frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal, impone al Estado cargas superiores en la defensa de sus derechos frente a lo que debe hacer para defender los de otros grupos que no se encuentran en tal situación. La segunda es que es una manera de promover una sociedad democrática, cuyos miembros conozcan y compartan los principios de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad.¹⁹ 20.

3.1.4. Por otra esta Corporación ha precisado que el derecho a la salud puede ser protegido acudiendo al juez constitucional cuando se halla íntimamente ligado con el derecho a la vida, la integridad y la dignidad²¹, y en tal virtud “el concepto de vida que ha guiado la jurisprudencia de esta Corte, no se limita a la

protección de una mera existencia biológica²², sino que debe fundarse en el principio de la dignidad humana, lo cual implica el derecho a una vida saludable.²³ En este orden, la Sala precisa que el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida, no solo debe ampararse cuando se está frente a un peligro de muerte, o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino ante eventos que pueden ser de menor gravedad pero que puedan llegar a desvirtuar claramente la calidad de vida de las personas, en cada caso específico²⁴. En efecto se trata de casos en los que se compromete la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano, así como sus determinados proyectos de vida²⁵²⁶.

Será necesario entonces establecer si en el caso existe una vulneración o amenaza a los derechos a la salud y a la vida del menor hijo de la demandante.

3.2. Las obligaciones de las empresas de energía en los barrios subnormales.

3.2.1. La Constitución Política establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 C.P.), otorgando a la ley la facultad de fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos (art 367 C.P.). También corresponde al legislador determinar los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio (art. 369 C.P.).

3.2.2. Por su parte la Ley 136 de 1994 prescribe en el artículo 3º que son funciones del municipio “5. Solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda, recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y, en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la ley. La ley 142 de 1994, en el artículo 5.1, también establece en cabeza de los municipios la competencia para la prestación de los servicios públicos, que ejercerán en los términos de

la ley y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos para asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio. La ley 142 de 1994 en el artículo 2º también faculta al Estado para intervenir en los servicios públicos buscando, entre otros fines, asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, la ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios, la prestación continua eficiente e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

3.2.3. En materia del servicio público de energía según el artículo 3º de la ley 143 de 1994, el Estado debe garantizar entre otros, alcanzar una cobertura en los servicios de electricidad a las diferentes regiones y sectores del país, que garantice la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios de los estratos I, II y III y los de menores recursos del área rural, a través de los diversos agentes públicos y privados que presten el servicio; y el artículo 6º de la misma normatividad previó que las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se regirán por principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad, desatacando que el principio de continuidad implica que el servicio se deberá prestar aún en casos de quiebra, liquidación, intervención, sustitución o terminación de contratos de las empresas responsables del mismo, sin interrupciones diferentes a las programadas por razones técnicas, fuerza mayor, caso fortuito, o por las sanciones impuestas al usuario por el incumplimiento de sus obligaciones.

3.2.4. En desarrollo de los anteriores principios la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- expidió la Resolución 120 de 2001 “Por la cual se regula la prestación del servicio de energía eléctrica en Barrios Subnormales conectados al Sistema Interconectado Nacional - SIN” que define la prestación del servicio de energía eléctrica a barrios subnormales, como “el suministro de electricidad a usuarios residentes en asentamientos humanos que han sido clasificados como tales por la autoridad competente y que además reúnen las siguientes características: “1. Que no tenga servicio público domiciliario de energía eléctrica o que éste se obtenga a través

de derivaciones del Sistema de Distribución Local o de una Acometida, efectuadas sin aprobación del respectivo Operador de Red"; y "2. Que no se trate de zonas donde se deba suspender el servicio público domiciliario de electricidad, de conformidad con el Artículo 139.2 de la Ley 142 de 1994 o las respectivas normas de la Ley 388 de 1997". Por su parte el artículo 3º de la citada Resolución establece la posibilidad de que se suscriban Convenios para la Normalización de los Circuitos Subnormales y de las Conexiones de los usuarios, con suscriptores comunitarios. Adicionalmente, en los contratos de prestación del servicio se podrán pactar condiciones especiales, tales como: garantías de pago; suspensiones periódicas del servicio considerando razones de orden técnico o económico que así lo exijan.

3.2.5. Así mismo, el artículo 13927 de la Ley 142 de 1994 contiene las situaciones en que se puede suspender el servicio y no constituye falla del mismo, entre las cuales figuran: "Hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y racionamientos por fuerza mayor, siempre que de ello se dé aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios", y "Evitar perjuicios que se deriven de la inestabilidad del inmueble o del terreno, siempre que se haya empleado toda la diligencia posible, dentro de las circunstancias, para que el suscriptor o usuario pueda hacer valer sus derechos". En desarrollo de la anterior normatividad la Resolución CREG 070 de 1998 establece la clasificación de las interrupciones del servicio de energía eléctrica de acuerdo con la duración de la interrupción y el origen de la misma²⁸.

3.2.6. De la normativa referenciada se desprende que en el caso de los barrios subnormales, cuando el servicio se presta mediante la suscripción de un convenio con la respectiva empresa de energía, ésta no contrata con usuarios individuales sino con un solo usuario que representa a todos los usuarios de la zona subnormal de que se trate; la medición suele hacerse con un medidor comunitario, y es a nombre de ese representante que se expide la factura; y en caso de no pago la empresa puede suspender el servicio a todo el barrio que es como tal su cliente. Por otra parte, cada uno de los usuarios individualmente considerados se encuentra vinculado al acuerdo a que se llegó con el representante de la comunidad sobre los períodos de suministro e interrupción del servicio de energía²⁹, de manera que no podría solicitar, aún estando a paz y salvo en la parte que le corresponde, que el servicio le sea suministrado individualmente en una forma diferente a la pactada con la comunidad.

Por tratarse de un contrato, el convenio entre la empresa de energía y el suscriptor de que se trate, y, en principio, como lo ha señalado la Corte, las diferencias que puedan surgir al respecto el incumplimiento de obligaciones contractuales escapa a la competencia del juez constitucional³⁰. No obstante, esta Corporación ha admitido en ocasiones que la actividad de las empresas prestadoras de servicios públicos, pueda implicar una posible vulneración de los derechos fundamentales de terceros ajenos a la relación contractual; y que, si bien el racionamiento del servicio de energía obedece a una facultad legal de estas empresas, que daría lugar a una controversia contractual que tendría otras vías legales para ser dirimida, la tutela sería el camino para la protección inmediata de dichos derechos en la medida en que pueden afectarse derechos constitucionales fundamentales³¹. La Corte también ha señalado que “por regla general la acción de tutela no es procedente para dirimir controversias contractuales o pecuniarias entre los usuarios y/o suscriptores de servicios públicos domiciliarios y la empresa prestadora de los mismos. Sólo será procedente la acción de tutela cuando tales controversias impliquen la vulneración de derechos fundamentales y las acciones judiciales disponibles no resultan ser eficaces ante la inminencia de un perjuicio irremediable³²”³³.

3.2.7. Así, en caso de demostrarse una vulneración a los derechos fundamentales del menor hijo de la demandante, sería necesario evaluar la procedencia de ordenar a la entidad demandada la permanencia en el suministro de energía al barrio subnormal donde habita la accionante. Bajo las anteriores premisas establecidas, tanto por la ley como por la jurisprudencia de esta Corporación, procederá la Sala a resolver el caso concreto.

4. Caso concreto.

4.1. Al menor hijo de la accionante, de 5 años de edad³⁴, le fue diagnosticada ENCEFALOPATÍA EPILÉPTICA INFANTIL PRECOZ, el 7 de julio de 2004³⁵. Adicionalmente se le diagnosticó “ASMA NO ESPECIFICADA”. En el lugar de residencia del menor - Calle 6 No. 7A-05 del Barrio Primero de Mayo -, “la empresa Electricaribe S.A. le esta suspendiendo el fluido eléctrico 2 y hasta 3 (tres) veces al día (...)”³⁶ sin que se haya establecido por la demandante la intensidad y duración de tales interrupciones. No obstante obra en el expediente copia de un acta donde se

señala que se aclaró que “las interrupciones se realizan de 10:00 a.m. a 1 p.m., y que las que trascurren en el resto del día son daños que ocurren en el circuito. Consta el pago realizado en mayo de 2008, de la misma factura emitida a dirección de la demandante por el recaudador autorizado en marzo 27 del 200837. Y el barrio donde reside la demandante está clasificado como subnormal.

4.2. La accionada y el barrio El Ferry, del que forma parte el 1º de Mayo - distrito de Barranquilla -, realizaron un convenio de condiciones uniformes para el suministro de energía eléctrica, y actualmente dicho barrio ostenta la calidad de “moroso”. En el convenio firmado como puntos principales se destacan: (i) que la facturación va a ser mensual y la factura sería entregada en la carrera 7 No. 5B-22; (ii) que el municipio de Barranquilla garantiza el cumplimiento del contrato (apropiación presupuestal); (iii) el acuerdo fue firmado por el alcalde municipal, por el representante de Energía Social S.A., el representante del suscriptor comunitario y por Electricaribe como distribuidor³⁸. Adjunto con lo anterior, se encuentra el documento que contiene las condiciones generales de los acuerdos de prestación del servicio de energía en zonas especiales³⁹. Además se acordó que “La continuidad del suministro de energía eléctrica se establecerá teniendo en cuenta las necesidades del SUScriptor COMUNITARIO, su capacidad de pago ...y el mejoramiento progresivo de índices de recaudo y pérdidas...Lo anterior sin perjuicio de las interrupciones que por concepto de fuerza mayor o caso fortuito se presenten en el circuito”, y que el número de horas de entrega de energía diaria resultaría de la “Valoración del porcentaje de energía diario que deberá ser entregado, en número de días, de acuerdo al recaudo obtenido por el suscriptor comunitario”. En el momento se están realizando trabajos en el circuito que incluye el sector 1º de mayo (barrio Ferri) para mejorar el servicio de energía en el sector y por ende disminuir las interrupciones de energía. Además “el comportamiento del pago promedio de cada uno de los barrios es el siguiente: Ferry 27%, las Ferias 22% y Primero de Mayo 21%” y la interrupción en el flujo de energía aumenta o disminuye porcentualmente según el valor recaudado. A pesar de constatar que se vienen adelantando trabajos de normalización del suministro del servicio de energía eléctrica, la Alcaldía de Barranquilla conminó a la empresa Electricaribe S.A. para que suministre el servicio domiciliario de energía eléctrica de forma continua y eficiente en el barrio Primero de Mayo y se procure la normalización del servicio.

4.3. La prescripción del neumólogo tratante doctor Iván Stand fue mantener al menor hijo de la accionante en un “ambiente de temperatura estable sin cambios extremos”⁴⁰. (negrilla fuera del texto). Según lo informó la E.P.S. los médicos especialistas y generales que han venido tratando al menor en la ciudad de Barranquilla desconocen haber recomendado el uso de aire acondicionado o ventilador. El tratamiento prescrito por el Dr. IVÁN STAND NIÑO con especialidad en NEUMOLOGIA consiste en “medicaciones especiales para tratar el cuadro asmático tales como beclometasona dioropínato aerosol bucal, terbutalina solnebul, salbutamol erosol, hidroxido aluminio, hidroxido de magnesio, simeticona mas solución salina”.

4.4. De los antecedentes y pruebas obrantes en el expediente se concluye que lo que está en discusión, en el presente caso es la necesidad que puede tener el menor de mantener constantemente un ventilador o un aire acondicionado, lo que implicaría la continuidad en la prestación del servicio público de energía cuyos períodos de continuidad fueron pactados entre un suscriptor comunitario y la empresa de energía. En la demanda, la accionante hizo mención a la supuesta vulneración de los derechos a la salud y a la vida de su menor hijo, por las suspensiones en el servicio de energía que impiden mantener un ventilador o aire acondicionado para el menor, lo cual según afirma la accionante le fue recomendado por los médicos. Sin embargo, tal vulneración no fue probada, pues la demanda se limitó simplemente a hacer una afirmación general al respecto⁴¹. De igual manera, la accionante no probó la existencia de un perjuicio inminente que hiciera imperioso el amparo.

4.5. Encuentra la Sala, de una parte, que de las pruebas allegadas al proceso se deriva que la prescripción del neumólogo tratante doctor Iván Stand fue mantener al menor hijo de la accionante en un “ambiente de temperatura estable sin cambios extremos”⁴² (negrilla fuera del texto). De otra parte, según lo informó la E.P.S., los médicos especialistas y generales que han venido tratando al menor en la ciudad de Barranquilla desconocen haber recomendado el uso de aire acondicionado o ventilador. No se encuentra en la fórmula citada previsión alguna que indique que el ambiente deba ser frío o que deba emplearse en forma permanente un ventilador o un aire acondicionado, elementos que según informa Cafesalud no ha ordenado ninguno de los médicos de la entidad que han venido tratando al menor, pues lo pedido por el neumólogo tratante es la estabilidad de la temperatura en la cual se mantenga al menor. La Sala le da credibilidad a lo afirmado por

la EPS sobre la no formulación de un ventilador o un aire acondicionado por parte de los médicos que han venido tratando al menor, en tanto son ellos los llamados a establecer los tratamientos y procedimientos que mejor se ajustan a la protección de la vida y la salud de sus pacientes, máxime si se considera que, como lo ha señalado la Corte la eficacia de los procedimientos o tratamientos que prescriben o dejan de prescribir los médicos tratantes está determinada por consideraciones relativas a la profesión que ejercen los galenos y no es algo que competa establecer a los jueces 43.

4.6. Se trata entonces de una demanda contra una empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, con base en una percepción de la demandante sobre lo que consideran óptimo para el menor, a todas luces respetable, pero que no se encuentra fundada en prueba alguna sobre la imperiosa necesidad de el ventilador o aire acondicionado para asegurar los derechos fundamentales a la salud y a la vida del menor en cuyo nombre se interpone la demanda, como tampoco en evidencia alguna de un inminente perjuicio irremediable, por lo cual concluye la Sala que el amparo solicitado no debe ser concedido.

4.7. La Sala estima que, a la luz de las consideraciones expuestas, deberá confirmar los fallos de instancia, en tanto la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para dirimir la controversia planteada entre la demandante en representación de su menor hijo y la demandada, ya que las suspensiones en el servicio de energía por parte de la entidad accionada no guardan una relación de conexidad con los derechos fundamentales del menor invocados como violados.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla del 28 de julio de 2008, que confirmó la sentencia del Juzgado Catorce Civil Municipal de Barranquilla del 12 de junio del mismo año, la cual había negado el amparo constitucional solicitado.

Segundo. Por Secretaría General, líbrese la comunicación a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

CRISTINA PARDO SCHLESINGER (E)

Magistrada

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Secretaria General

1 Ver folio 6 del cuaderno 1.

2 Ver folio 7 del cuaderno 1.

3 Ver folio 1 del cuaderno 1.

4 Ibídem.

5 Ibídem.

6 Ver folios 1 y 2 del cuaderno 1.

7 Ver folio 2 del cuaderno 1.

8 Ver folios 14, 16, 17, 18, 19 y 20 del cuaderno 1.

9 Ver folios 22, 23 y 24 del cuaderno 1.

10 Ver folios 10, 11 y 12 del cuaderno 1.

11 Ver folios 48 al 51 del cuaderno 1.

12 Ver folios 52 y 53 del cuaderno 1.

13 Ver folios 54 al 59 del cuaderno 1.

14 Ver folio 60 del cuaderno 1.

15 Se requiere para verificar la recomendación del doctor Iván Stand en la FORMULA MÉDICA N° 153537 de junio de 2008, Corporación IPS SALUDCOOP.

16 Folios 16 y 17 Cuaderno de la Corte.

17 Folio 19 Cuaderno de la Corte. Fórmula Médica N° 153537 del 6 de junio de 2008 firmada por el médico I. Stand.

18 Ver entre otras, las Sentencias T-706 y T-274 de 2004.

19 En la sentencia SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; SV José Gregorio Hernández Galindo, Carlos Gaviria y Antonio Barrera Carbonell) la Corte dijo: “(...) la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. La Carta pretende promover un orden basado en los valores que orientan cualquier Estado civilizado: la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, un orden tal de valores sólo es verdaderamente efectivo si los sujetos a quienes se orienta lo conocen y lo comparten. En este sentido, el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas. En estas circunstancias, es razonable suponer que el menor accederá a la mayoría de edad, como una persona libre y autónoma, que conoce los valores de igualdad y justicia que informan la Carta y que, por lo tanto, se encuentra en capacidad de defenderlos y promoverlos.” [En este caso la Corte decidió que “(...) el juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción

legislativa, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor.”]

20 Sentencia C-507/04 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

21 Sentencia T-007/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Véase al respecto la sentencia T-1081 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 Sentencia T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

25 Consúltense en este mismo sentido las sentencias T-283 de 1999 y T-860 de 1999.

26 Sentencia T-007/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

27 ARTÍCULO 139. SUSPENSIÓN EN INTERÉS DEL SERVICIO. No es falla en la prestación del servicio la suspensión que haga la empresa para:

139.1. Hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y racionamientos por fuerza mayor, siempre que de ello se dé aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios.

139.2. Evitar perjuicios que se deriven de la inestabilidad del inmueble o del terreno, siempre que se haya empleado toda la diligencia posible, dentro de las circunstancias, para que el suscriptor o usuario pueda hacer valer sus derechos.

28 Resolución CREG 070 de 1998 (...) 6.3.1 Clasificación de las interrupciones del servicio de energía. 6.3.1.1 De acuerdo con la Duración de la Interrupción. Teniendo en cuenta la duración de las interrupciones, éstas se clasifican así:

- Instantáneas: Son aquellas suspensiones del servicio cuya duración es inferior o igual a un (1) minuto.
- Transitorias: Son aquellas suspensiones del servicio cuya duración es superior a un (1) minuto y menor o igual a cinco (5) minutos.

- Temporales: Son aquellas suspensiones del servicio de energía cuya duración es mayor a cinco (5) minutos.

Para el cálculo de los indicadores que se definen más adelante no se tendrán en cuenta:

- Interrupciones Instantáneas.
- Interrupciones por racionamiento de emergencia o programadas del sistema eléctrico nacional debidas a insuficiencia en la generación nacional o por otros Eventos en Generación y en el STN, siempre y cuando así hayan sido definidas por el CND.
- Interrupciones por seguridad ciudadana y solicitadas por organismos de socorro o autoridades competentes.
- Suspensiones o cortes del servicio por incumplimiento del contrato de servicios públicos.
MODIFICADO: RESOLUCION CREG-089/99, art.1.

6.3.1.2 De acuerdo con el Origen

Teniendo en cuenta el origen de las interrupciones éstas se clasifican así:

- No Programadas: Son aquellas interrupciones que obedecen a Eventos No Programados.
- Programadas: Son aquellas interrupciones que obedecen a Eventos Programados.

29 El Decreto 3735 de 2003 define (i) el Suscriptor Comunitario como el grupo de usuarios ubicados en una zona especial de prestación del servicio representados por un miembro de la comunidad o por una persona jurídica, que es elegida o designada por la misma comunidad y que ha obtenido el reconocimiento del alcalde municipal...y (ii) los períodos de continuidad como los lapsos diarios o semanales acordados entre la empresa de servicios públicos y el suscriptor comunitario, período que está en función del pago que efectivamente realice dicho suscriptor.

31 Sentencias T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también Sentencia T-639/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

32 Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-712 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-270 de 2004 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-147 de 2004 (MP: Jaime Araujo Rentería) y T-1016 de 1999 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

33 Sentencia T-628 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

34 Ver folio 6 del cuaderno 1.

35 Ver folio 7 del cuaderno 1.

36 Ver folios 1 y 2 del cuaderno 1.

37 Ver folios 10, 11 y 12 del cuaderno 1.

38 Ver folios 52 y 53 del cuaderno 1.

39 Ver folios 54 al 59 del cuaderno 1.

40 Folio 19 Cuaderno de la Corte. Fórmula Médica N° 153537 del 6 de junio de 2008 firmada por el médico I. Stand.

41 En la demanda la accionante señaló que los médicos le recomendaron que para salvaguardar la salud y la vida del menor era menester que se le garantizara “un ambiente totalmente fresco, con aireación óptima para que el niño pudiese estar en condiciones de sobrevivir” y que debe tener en forma permanente la ayuda de aire acondicionado o un abanico, utensilios que no pueden emplear cuando la empresa accionada corta el servicio de luz.

42 Folio 19 Cuaderno de la Corte. Fórmula Médica N° 153537 del 6 de junio de 2008 firmada por el médico I. Stand.

43 Sentencias T- 597 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-974 de 2000 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-412