

Sentencia T-381-09

Referencia: expediente T-2104916

Acción de Tutela instaurada por Gloria Trujillo de Hodapp y otros contra el Instituto Nacional de concesiones INCO, la Sociedad Concesionaria Concesión Autopista Bogotá - Girardot S.A. y la Sociedad Constructora Semaica.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

en el proceso de revisión de la Sentencia proferida el día catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008) por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del proceso de tutela incoado por Gloria Trujillo de Hodapp y otros contra el Instituto Nacional de concesiones INCO, la sociedad concesionaria “Concesión Autopista Bogotá - Girardot S.A.” y la sociedad “Constructora Semaica”.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

Los señores Gloria de Hodapp, Vicente Hodapp Trujillo, Libardo Rico, Jennifer Lorena Rico, Lady Juliana Rico, Dayana Paola Rico, Nora Wallis, José de Jesús Guerrero, Maikol Alonso Guerrero, Harold Leonardo Guerrero, Lina Esperanza Quintero, Gustavo Adolfo Quintero, Rafael Cadena Casallas, y la Sociedad Inversiones Interserranías Ltda.- Interser Ltda., a través de apoderado judicial demandan al juez de tutela proteger sus derechos fundamentales, como personas naturales, al agua potable, a la vida, a la dignidad, a la salud y la salubridad pública; igualmente los derechos a la libertad de empresa y a la subsistencia en el caso de la persona jurídica demandante, presuntamente vulnerados por el Instituto Nacional de concesiones INCO, la Sociedad Concesionaria Concesión Autopista Bogotá - Girardot S.A. y la Sociedad Constructora Semaica.

Sustentan su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1. HECHOS

1. Inicialmente la señora Gloria de Hodapp y sus hijos, entre ellos el señor Vicente Hodapp, y posteriormente la sociedad familiar Inversiones Interserranías Ltda.-Interser Ltda.- han sido propietarios desde hace más de treinta y cuatro años de los inmuebles rurales denominados Finca de San Antonio, hoy Guayabamba, y Rocas de Sumapaz - Parcelación Serranías del Sumapaz-, que consta de veintiún (21) parcelas ubicadas en la Vereda Mosquera del Municipio de Melgar, Departamento del Tolima.

1. En dichos predios se encontraban cuatro manantiales o nacimientos de agua natural, que proveían desde hace más de treinta y cuatro años a los habitantes de la finca San Antonio, hoy Guayabamba, como a las casas y demás lotes de la parcelación Serranías de Sumapaz, e igualmente al proyecto que está en construcción, denominado "Condominio Town Houses- Propiedad Horizontal", hoy "La Gloria Country Club- Propiedad Horizontal". Dichos manantiales producían agua potable de las mejores calidades físicas y

químicas, apta para el consumo humano, que llegaba en un caudal calculado entre 3 y 3.5 litros por segundo, de acuerdo con el estudio técnico realizado sobre el punto.1

1. Desde marzo de 2007, el agua de los nacimientos naturales se fue disminuyendo ostensiblemente, hasta que en julio del mismo año dejó de brotar. Hoy en día no hay agua en ninguno de dichos manantiales, como lo evidencia el informe de peritos rendido dentro de la prueba anticipada efectuada en los predios mencionados.2

1. La única causa del fenómeno anteriormente descrito es la construcción de un túnel, “cuya obra está encomendada a un subcontratista de la concesionaria que es la Sociedad Constructora SEMAICA, dentro del proyecto vial que está ejecutando la Sociedad Concesionaria Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A. ... adjudicado por el Instituto de Concesiones (en adelante INCO) a la concesionaria ya anotada”. El hecho fue admitido por la propia concesionaria, que al contestar una queja presentada por los aquí demandantes, manifestó que en el condominio Serranías de Sumapaz era “inminente la afectación del recurso hídrico, existiendo una potencial afectación de los niveles freáticos y alteración de los acuíferos ubicados en el área de influencia de la obra, incidiendo negativamente en los usos, específicamente en el abastecimiento de consumo humano y agrícola, por lo cual se considerarán las medidas de tipo mitigatorio o compensatorio sobre los pobladores de la zona.”

1. Ni INCO, ni la Sociedad Concesionaria Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A., ni la subcontratista de la concesionaria tomaron medidas oportunas para mitigar la afectación de los volúmenes de agua potable o para restablecer definitivamente dichos volúmenes, a pesar de que la situación fue puesta en conocimiento de la sociedad concesionaria desde enero de 2008 por la señora de Hodapp, aquí demandante.

Ante semejante evento, los demandantes solicitaron y obtuvieron una concesión de agua de la CAR, para utilizar agua del Río Sumapaz. Sin embargo, las aguas de este río están muy contaminadas y no pueden utilizarse para consumo humano, tal como lo constataron los peritos que rindieron dictamen sobre el asunto dentro de la prueba anticipada solicitada por los actores.

1. En los inmuebles señalados viven tres familias de trabajadores con hijos de diferentes edades, incluyendo menores de edad, carentes del acceso al agua potable, como también la señora Gloria de Hodapp, quien alterna su lugar de residencia entre los predios mencionados y la ciudad de Bogotá.

1. Estos hechos afectaron a la Sociedad Inversiones Interserranías Ltda.- Interser Ltda., la cual realizaba obras para el Condominio Town Houses Propiedad Horizontal, y había adquirido compromisos con promitentes compradores, los cuales ha debido aplazar por la falta del agua, con inminente riesgo de su propia existencia.

1. ARGUMENTOS DE DERECHO

1. Como argumento de derecho inicial, los demandantes afirman que el artículo 11 de la Constitución reconoce que el derecho a la vida es inviolable, y que el concepto vida no puede interpretarse como la mera existencia, sino como una noción incluyente de un mínimo de condiciones que garanticen la dignidad de la persona, en armonía con lo prescrito por el artículo 1° superior. De lo anterior se infiere que el derecho a la vida está íntimamente ligado con el derecho a la salud, y este adquiere el rango de fundamental por estar ligado con la vida, o con otro derecho fundamental.

Agrega la demanda, que no sólo la preceptiva constitucional protege la salud como derecho fundamental, sino que también los tratados internacionales lo hacen. Particularmente

menciona el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establecen que la salud es un derecho fundamental estrechamente vinculado al derecho a la vida y, que por tanto, merece la atención inmediata de las autoridades.

Para sustentar sus pretensiones, los demandantes citan jurisprudencia de esta Corporación en la cual se reconoció que “el agua constituye fuente de vida y la falta del servicios atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas”³

(sic), y que los elementos constitutivos de un medio ambiente sano “son generalmente derechos tutelables porque se refieren a la vida y la salud...”.⁴

Así mismo, citan in extenso apartes del fallo contenido en la Sentencia T-309 de 1995, donde la Corte examinó si la interrupción del agua de una quebrada vulneraba derechos fundamentales, concluyendo que en ciertos casos la respuesta era positiva. Adicionalmente, traen a colación jurisprudencia sentada por la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la cual reconoce que el hecho de que la comunidad no tenga servicio de agua potable constituye un factor de riesgo grande para la salud⁶.

1. En un segundo argumento jurídico, la demanda se refiere a la violación del derecho fundamental a la salubridad pública, asunto respecto del cual recuerda que la Constitución Política considera que el bienestar social y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, que los servicios públicos son también inherentes a dicha finalidad social, por lo cual la solución de las necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, es un objetivo cardinal de la actividad pública

Frente a semejantes exigencias, encuentra que en el presente caso resulta paradójico que sean el mismo Estado o sus agentes quienes, en lugar de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas en materia de agua potable, se conviertan en los directos responsables de “quitarles a las personas naturales la posibilidad de satisfacer su necesidad de agua pura.”

1. En tercer lugar, la demanda arguye que aunque la solicitud de tutela formulada por varias personas generalmente responde a la protección de un interés colectivo, esta circunstancia, per se, no excluye la procedencia del recurso de amparo. Pues, dice, así lo sostuvo esta Corporación en la Sentencia C-134 de 1994, donde se admitió la viabilidad de la acción de tutela interpuesta por una pluralidad de solicitantes, dirigida contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, cuando además se presentan circunstancias de indefensión, como a su juicio sucede en este caso.

1. Finalmente, como cuarto argumento de derecho, la demanda sostiene que en este caso se configura la violación del derecho fundamental a la libertad de empresa e iniciativa privada, en conexidad con el derecho de subsistencia de la persona jurídica con ánimo de lucro que forma parte del grupo de demandantes. Para explicar esta afirmación, recuerda que la Constitución Política garantiza la libre actividad económica y la iniciativa privada, instituyendo la libre competencia como un derecho que supone responsabilidades. (C.P. Arts. 333 y 334). Agrega que la libertad de empresa “otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país es la economía de mercado.” Ahora bien, en el presente caso, si se tiene en cuenta que la sociedad como parte del grupo de demandantes estaba construyendo obras para comercializar un condominio, bajo el entendimiento de que el inmueble en el que se desarrollaba el proyecto tenía agua potable, la suspensión de la misma implica aplazar e incumplir compromisos con los promitentes compradores por causas ajenas a su voluntad, situación que se traduce en una amenaza para su propia existencia, y en una violación clara de su derecho a la actividad económica.

1. Peticiones

Con fundamento en los anteriores hechos y argumentos de derecho, los demandantes solicitan al juez de tutela lo siguiente:

1. Que en el término máximo de veinte días calendario se dé una solución permanente y definitiva al problema de falta de agua potable en los predios mencionados en la demanda, teniendo en cuenta que los mismos no cuentan con servicio de acueducto de agua potable. Especialmente solicitan que se restituyan los volúmenes de agua potable de buena calidad y caudal comprobados que provenían de los manantiales existentes en los predios citados.

1. Que en el término máximo de veinte días calendario, la prestación permanente y definitiva del servicio de agua potable se surta de los nacimientos ubicados en la Vereda San Bartolo Nilo, que es la misma fuente del acueducto de Boquerón, y del nacedero de la Hacienda San Rafael, tal y como en septiembre de 2007 lo aceptó la Sociedad Concesionaria Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A.

1. Que se ordenen y ejecuten las obras necesarias para reestablecer el servicio de agua potable a los mencionados predios.

1. ADMISIÓN Y TRÁMITE INICIAL DE LA DEMANDA

1. La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que mediante auto de 3 de abril de 2008 la remitió, por competencia, a los juzgados del Circuito de Bogotá.

1. Por Auto de 8 de abril de 2008, el Juzgado Diecinueve Civil de Familia de Bogotá admitió la demanda y la notificó a los demandados. Contestada dicha demanda, el 18 de abril de 2008 se profirió Sentencia.⁷

1. Impugnada por los demandantes la anterior decisión, a través de Auto de 23 de mayo de 2008 la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró la nulidad de todo lo actuado, en razón de la incompetencia del juez de primera instancia. En consecuencia, remitió el expediente a la oficina de reparto de los juzgados del Circuito de Ibagué.⁸

1. En auto del 9 de julio de 2008, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué se abstuvo de avocar conocimiento y remitió el proceso a la oficina de reparto de los jueces del Circuito de Melgar.⁹

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1. Mediante auto proferido el 13 de junio de 2008, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Melgar admitió la demanda de tutela y ordenó notificar a las entidades accionadas.¹⁰

1. Oportunamente el apoderado judicial de la Sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot contestó la demanda en los siguientes términos:

En primer lugar, afirma que dentro de las pruebas allegadas al expediente no obra aquella que demuestre que los demandantes son los propietarios de los predios presuntamente afectados con los hechos que se narran en la demanda, como tampoco la prueba relativa a la parcelación y a los proyectos inmobiliarios que supuestamente se adelantan en dichos predios. Por este motivo, sugiere que el juez de tutela realice una revisión cuidadosa respecto de la procedencia de la presente acción de tutela, pues a su parecer no está demostrado que sobre los predios en cuestión recaigan derechos adquiridos de los demandantes.

En relación con los hechos de la demanda, la Sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot sostuvo que efectivamente ejecuta el proyecto de ampliación, construcción y ampliación del corredor vial Bosa- Granada- Girardot, en virtud de contrato suscrito para tal efecto con INCO. El citado contrato estipula entre otras actividades la construcción de un túnel de 4.2 kilómetros en el sector del Boquerón. Destaca que este proyecto posee licencia ambiental concedida por el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, previa la realización de exhaustivos estudios relativos a los posibles impactos y a las medidas de manejo ambiental requeridas. Dentro de estos estudios, menciona de manera especial el anexo titulado "ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL CAPÍTULO 6 Túnel del Cañón de Sumapaz Consideraciones Geológicas (Hidrogeología) esperadas en el alineamiento del túnel". Dentro de éste, cita esta frase, relativa a los posibles efectos de la obra del túnel sobre los recursos hídricos de su zona de influencia: "Los efectos directos, asociados con la filtraciones de agua hacia el interior del túnel durante las actividades de excavación y la operación del túnel vial, están relacionados con la alteración de los manantiales que dan origen y surten las quebradas ubicadas sobre el alineamiento del túnel y área de influencia directa. Lo anterior podría interferir con los usos de agua que se dan en el sector, especialmente para el abastecimiento de agua de consumo y de uso doméstico". Como consecuencia, la contestación de la demanda acota que en el referido estudio se plasmaron conclusiones relativas a la necesidad de considerar medidas de tipo mitigatorio o compensatorio para manejar la afectación sobre los pobladores de la zona. Entre ellas el revestimiento total del túnel en concreto, medida con la cual se espera contribuir a disminuir la filtración de las aguas al interior del mismo. Además, se han llevado a cabo monitoreos sobre el caudal y la calidad fisicoquímica de las aguas.

Informa enseguida la sociedad demandada, que a finales de julio y principios de agosto de 2007, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial realizó una visita de seguimiento y pudo constatar el estado (en ese momento) de las fuentes de agua de la zona y verificar las acciones tomadas por el concesionario. Como consecuencia de esa visita, el mencionado Ministerio profirió un Auto en el cual hizo unos requerimientos al Concesionario en torno al asunto de los recursos hídricos de la zona del Boquerón. Entre estos requerimientos, formuló el concerniente a la atención inmediata y hasta el momento de la adopción de una solución definitiva, del suministro de "agua para consumo humano y doméstico a las familias ubicadas en el área de influencia directa del portal de

salida del túnel del Sumapaz, afectadas por el secado del nacedero Gummer y la quebrada La Turbia...”.

Adicionalmente, la sociedad demanda solicita al juez de tutela le conceda un término para contradecir la prueba anticipada aportada con la demanda (referente al hecho de la disminución del caudal de las aguas en predios de propiedad de los demandados y las consecuencias de esta situación) toda vez que la misma fue practicada sin intervención de las entidades demandadas. Agrega que no le consta que en los predios donde se produjo la disminución del caudal de aguas que denuncia la demanda habiten familias con menores de edad y rechaza las afirmaciones contenidas en el libelo donde se dice que los suministros de agua potable mediante carro tanque han sido suspendidos. Al respecto anexa pruebas relativas a la continuidad de dicho suministro.

Pasando a exponer argumentos jurídicos, la contestación de la demanda se refiere inicialmente a la presunta violación de los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y a la salud por la ausencia del agua potable. Al respecto, manifiesta que de las pruebas aportadas al proceso “resulta evidente que la Sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot... ha venido ejecutando medidas, inicialmente de orden transitorio, tendientes al suministro oportuno del agua potable en las condiciones que técnicamente satisfacen los niveles necesarios para el consumo mínimo del ser humano.”

En cuanto a la presunta violación del derecho a la salubridad pública, la contestación de la demanda expresa que la misma nunca se ha producido. Explica que en la ejecución de obras públicas de interés general existen circunstancias que obligan a los contratistas a generar incomodidades transitorias, lo que obliga a adoptar inicialmente soluciones también temporales que minimicen los impactos negativos, y luego a plantear y adoptar medidas de carácter definitivo a fin de mantener las condiciones de vida de los habitantes de la zona de influencia de las obras. Es lo que a su parecer ha venido ocurriendo en el presente caso, en donde se ha estado abasteciendo de agua potable a los habitantes de la zona impactada por la construcción del Túnel del Sumapaz, e igualmente programa la “construcción del acueducto comunal, que permita asegurar el suministro oportuno, continuo y adecuado de agua potable, permitiendo así la continuidad en el desarrollo adecuado de los niveles y condiciones de vida de los habitantes del sector y seguramente mejorando las condiciones de vida de los mismos.”

Ahora bien, a juicio de la sociedad demandada, el juez de tutela debe considerar si la acción adelantada resulta procedente, en especial si se tienen en cuenta “las teorías de la responsabilidad señaladas de manera reiterada por la Jurisprudencia”. Para explicar esta afirmación, cita extensamente la Sentencia proferida el 19 de julio de 1991 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹², donde se consideró que la responsabilidad estatal se hace efectiva siempre que como resultado de una actividad de interés público se le causara un perjuicio a una persona, agregando que dicha responsabilidad tenía fundamento en el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas. Por lo cual los particulares que hubieran sufrido daños, en virtud del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas tenían derecho a la indemnización o resarcimiento correspondiente, así la actuación administrativa que hubiera ocasionado la lesión hubiera sido legítima.

Al referirse al presunto desconocimiento del derecho a la libertad de empresa e iniciativa privada, en conexidad con el de subsistencia de la persona jurídica con ánimo de lucro que figura dentro del grupo de los demandantes, dice la Sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot que de la demanda pareciera deducirse que el propósito de la misma no es lograr el suministro ágil de agua para consumo humano, sino para el adecuado desarrollo económico de un proyecto turístico. Esta circunstancia tornaría improcedente la presente acción de tutela, ante la evidente existencia de otros mecanismos de defensa judicial, a no ser que se demostrara la inminencia de ocurrencia de un perjuicio irremediable o la ineficacia de las acciones disponibles en cabeza de los demandantes.

Dicho lo anterior, y tras la profusa cita de jurisprudencia de esta Corporación, la sociedad demandada concluye que en esta oportunidad no se dan las circunstancias que permiten acudir a la acción de tutela para asegurar el adecuado desarrollo económico de un proyecto inmobiliario de carácter turístico adelantado por una sociedad comercial.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot pide al juez de tutela que declare improcedente la presente acción.

1. También en forma oportuna y mediante apoderado judicial, el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- contestó la demanda oponiéndose a ella en los siguientes términos:

Primeramente INCO se opone a las pretensiones de la demanda, afirmando que las mismas se edifican sobre apreciaciones contrarias a la realidad fáctica; además, arguye que ese Instituto no ejecuta obra alguna, pues estas son llevadas a cabo por un concesionario, limitándose INCO a “administrar un negocio jurídico como es la concesión”, en este caso la correspondiente al proyecto de infraestructura vial Bosa-Granada-Girardot. Por lo tanto, las funciones del Instituto, se limitan a la “supervisión, vigilancia y control”. Agrega que es al concesionario a quien corresponde la ejecución de las obras y las actividades de manejo ambiental, pues de conformidad con lo regulado por el Decreto 1800 de 2003, el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- no fue constituido para construir, mantener o rehabilitar obras sino para “planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte...”.¹³

Hecha la precisión anterior, INCO se refiere a la improcedencia de la presente acción de tutela, argumentando la existencia de otro mecanismo de defensa judicial al alcance de los demandantes y resaltando el carácter residual y subsidiario de esta acción. No obstante, omite indicar cual sería ese otro medio de defensa al cual podrían recurrir los actores.

Pasa entonces la entidad a alegar la falta de inmediatez en el ejercicio de la presente acción. Al respecto, afirma que la misma no se interpuso en un plazo razonable, oportuno y justo, toda vez que “la posible afectación presentada por el accionante, de acuerdo con el material que acompaña la demanda se presenta hace bastante tiempo.”

Enseguida refuta la presunta violación de derechos fundamentales alegada en la demanda, y al respecto señala que INCO no ha incurrido en ella, toda vez que “ha realizado todas las obligaciones que le corresponden dentro de lo establecido en el Decreto 1800 de 2003.” Agrega que ni el derecho a la vida ni ningún otro es absoluto, “pues tiene siempre como limitante el interés general, ante el cual debe ceder, con el fin de que todo el ordenamiento jurídico, económico y social, logre su cabal desarrollo y su

estabilidad.” Además, afirma que el derecho al agua potable no es un derecho fundamental, aunque algunas entidades como la Defensoría del Pueblo actualmente promueven un proyecto de reforma constitucional que lo consagre como tal. Sin embargo, opina que dicha reforma no es la respuesta apropiada, pues “las soluciones a este y otros problemas sociales se encuentran en el buen ejercicio de las funciones de los organismos del Estado y de la sociedad civil y dependen de medidas de orden técnico y económico.”

1. Para la demandada Sociedad Constructora SEMAICA, el término del traslado venció en silencio.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

Obran en el expediente, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la petición presentada por la señora Gloria de Hodapp ante el Instituto Nacional de Concesiones INCO, con sello de recibo del día 14 de septiembre de 2007.

1. Copia de la petición presentada por la señora Gloria de Hodapp ante la Sociedad Constructora SEMAICA, recibida el 1° de noviembre de 2007, a la cual se adjuntaron copias simples de: a) certificado de constitución y gerencia de la sociedad Inversiones Interserranías Ltda; b) plano de ubicación de los predios; c) documento titulado “Evaluación, estudio, potencial, estabilidad y rendimiento del recurso hídrico del predio”, fechado en agosto de 2006; d) respuesta al derecho de petición, dada por el Instituto Nacional de Concesiones INCO; e) carta remitida por la Concesión Autopista Bogotá Girardot, fechada el 24 de septiembre de 2007.

1. Fotocopia de la inspección judicial con intervención de peritos realizada como prueba

anticipada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Melgar, con funciones de garantía, conocimiento y transición.

1. Fotocopia de la carta dirigida a la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot en la cual se denuncia que los envíos de carro tanque con agua potable que figuran para su predio no han tenido ese destino.

1. Fotocopia del informe final fechado el 30 de marzo de 2008, de la “Evaluación, estudio, potencial, estabilidad y rendimiento del recurso hídrico”, presentada por la Compañía de Ingenieros Hidráulicos Cacia Ltda, que contiene datos a partir de 2006.

1. Fotocopias del folleto del proyecto “Serranías del Sumapaz”, con fotografías tomadas antes de la paralización del proyecto.

1. Copias del diseño de la red de acueducto de la urbanización Serranías del Sumapaz, que quedó paralizado.

1. Oficio GT- IN. 0630-07-, suscrito por el representante legal de la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot y dirigido al Instituto Nacional de Concesiones INCO.

1. Copias del Estudio de impacto ambiental, Capítulo 6, Túnel del Cañón del Sumapaz, Consideraciones Geológicas (Hidrogeología); y Capítulo 8, Potencial Alteración del Recurso Hídrico Subterráneo en el Sector del Túnel del Cañón del Sumapaz.

1. Acta de la Reunión de agosto 9 de 2007, llevada a cabo por la Sociedad Concesión

Autopista Bogotá Girardot con los afectados por la disminución del caudal de aguas.

1. Recibos de entrega de agua potable suministrada mediante carro tanque.

1. Carpeta que contiene: a) un CD con video sobre las fuentes de agua en Serranías de Sumapaz, sin editar; b) fotografías aéreas de dicho predio; c) levantamiento topográfico del mismo; d) copia de la Resolución 1096 de 2000, emanada del Ministerio de Desarrollo Económico; y e) Copia del Reglamento Técnico del Sector de Agua potable y Saneamiento Básico, emanado del Ministerio de Desarrollo Económico.

1. ACTUACIONES JUDICIALES

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EL 25 DE JUNIO DE 2008 POR EL JUZGADO 1° CIVIL DEL CIRCUITO DE MELGAR, TOLIMA

A través de sentencia proferida el 25 de junio de 2008, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Melgar, Tolima, decidió conceder la tutela para la protección de los derechos fundamentales al agua potable, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la salubridad pública de las personas naturales demandantes, y a la libertad de empresa, la iniciativa privada y la propia subsistencia de la persona jurídica demandante; en consecuencia, ordenó a la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot y a su agente, Constructora SEMAICA, que en un término máximo de veinte días diera una solución permanente y definitiva al problema de falta de agua potable para los predios San Antonio, hoy Guayabamba, y Rocas del Sumapaz, Condominio Serranías del Sumapaz, debiéndose restituir los volúmenes de agua potable de buena calidad en un caudal permanente de 4.2 litros por segundo, que provenían de los manantiales de los predios citados.

El juzgado sustentó la anterior decisión en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el juez de primera instancia se adentra a estudiar si existe un derecho fundamental al agua potable que pueda ser protegido mediante el ejercicio de la acción de tutela y al respecto encuentra que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 11 se refiere al derecho a la vivienda adecuada, el cual, según fue interpretado en las Observación General N° 4 de 1991 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, involucra el acceso a una vivienda que contenga los servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, entre ellos el servicio de agua potable. En similar sentido, dice el fallo, la Observación General N° 014 de este mismo Comité, interpretativa del artículo 12 del Pacto, afirma que el derecho a la salud requiere para su ejercicio el acceso a agua limpia potable, a una distancia razonable, incluso en zonas rurales. Y también en el año 2002 el mencionado Comité expidió la Observación N° 15, en la que reconoció que el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, cuyo pleno ejercicio involucra tres factores: disponibilidad, calidad y accesibilidad.

Ahora bien, prosigue el fallo citando jurisprudencia de esta Corporación¹⁴, en la cual se recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, entendió que el derecho “a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos.”

Visto lo anterior, el a quo hace ver que el artículo 93 superior establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos prevalecen en el orden interno y que los derechos y deberes constitucionales se interpretan de conformidad con tales tratados; de donde deduce que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales forma parte del bloque de constitucionalidad y que además las observaciones del Comité antes mencionado constituyen un criterio válido de interpretación.

Prosigue la Sentencia de primera instancia refiriéndose al carácter fundamental del derecho al agua potable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Al respecto sostiene que esta Corporación desde sus inicios ha sido consistente en reconocer que el derecho al agua es un derecho fundamental cuando está destinado para el uso de las personas, porque de ella dependen el mantenimiento de la vida, la salud y la salubridad

pública. Por lo que el servicio público domiciliario de agua potable y alcantarillado constituye un derecho constitucional fundamental, que puede protegerse a través de la acción de tutela.¹⁵

A las argumentaciones expuestas, el fallo de primera instancia le adiciona la doctrina jurídica de la prohibición de volver sobre el acto propio. Al respecto, explica que dicha doctrina ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional¹⁷ con fundamento en lo prescrito por el artículo 83 superior, relativo al principio de buena fe. Conforme a esta doctrina, acota, frente a una primera conducta de un sujeto, conducta que resulta ser jurídicamente relevante y que afecta los intereses de terceros, no puede haber una segunda conducta contradictoria proveniente del mismo sujeto, porque el mencionado principio de buena fe lo impide. A su parecer, en el presente proceso se está ante esta situación jurídica, toda vez que la Concesión Autopista Bogotá Girardot aceptó que la construcción del túnel del Sumapaz afectó y sigue afectando los nacederos de agua potable de la zona de influencia, entre ellos los involucrados en el presente caso; no obstante, al ser demandada pone en tela de juicio la causa de la perturbación de las fuentes de agua.

Explicado todo lo anterior, el fallo de primera instancia entra a examinar las particularidades del caso concreto. Al respecto, repara en que la presente acción de tutela fue interpuesta por una pluralidad de personas, entre ellas varios menores de edad y una persona jurídica, que acusan al Instituto Nacional de Concesiones INCO, a la Sociedad Concesionaria “Concesión Autopista Bogotá Girardot” y a la Sociedad Constructora Semaica, de acciones violatorias de derechos fundamentales por afectación de los manantiales que surtían de agua potable a ciertos inmuebles rurales. Señala entonces el juez que, conforme a la prueba que obra en el expediente, consistente en la diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Melgar, aunada al propio oficio suscrito por el gerente general de la Sociedad “Concesión Autopista Bogotá Girardot”, que también obra en el plenario, hay “prueba suficiente para determinar que los accionantes gozaban del caudal de agua potable señalado en la solicitud de tutela, proveniente de los nacederos indicados”, y que dichos nacederos fueron afectados por la construcción del Túnel del Sumapaz. Agrega que “también es evidente que esta afectación de los nacederos aludidos, vulnera el derecho fundamental al agua potable de las personas naturales que impetraron la tutela”, especialmente el de los menores de edad.

En cuanto a la persona jurídica demandante, sostiene el juez que también se encuentra afectada en sus derechos fundamentales, aunque no en cuanto al derecho al agua potable, pues éste se predica solamente de las personas naturales. Encuentra vulnerados los derechos a la libertad de empresa y de iniciativa privada, “pues las acciones y omisiones que se denuncian en esta tutela han puesto en serio peligro la existencia de esa persona jurídica”.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el juez de primera instancia resuelve conceder la tutela para la protección de los derechos al agua potable, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la salubridad pública de las personas naturales demandantes, y de los derechos fundamentales a la libertad de empresa, a la iniciativa privada y a la propia subsistencia de la sociedad “Inversiones Inter Serranías Ltda. - Interser Ltda.”. En consecuencia, ordena a las sociedades “Concesión Autopista Bogotá Girardot” y a la “Constructora Semaica” que en el término de veinte días¹⁸ den una solución permanente y definitiva al problema de falta de agua potable en los predios San Antonio, hoy Guayabamba, y Rocas del Sumapaz, hoy Condominio Rocas del Sumapaz. Dicha solución debe restituir los volúmenes de agua potable existentes anteriormente.

1. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En forma oportuna, la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot impugnó la Sentencia de primera instancia. La sociedad sustentó su recurso con las siguientes razones:

Inicialmente, la impugnante afirma que no es cierto que a los accionantes se les esté vulnerando el derecho fundamental al agua potable, toda vez que ella misma ha venido suministrando el líquido, garantizando de esta forma el ejercicio de tal derecho. Arguye que al respecto obran las pruebas pertinentes en el expediente, las cuales fueron desconocidas por el juez de primera instancia.

Afirma no discutir la existencia del derecho fundamental al agua potable, pero repara en que conforme a las observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y

Culturales, citadas en la sentencia, dicho derecho recae únicamente sobre el agua para el “uso personal y doméstico”.¹⁹ Agrega que en el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación.²⁰ Sostiene entonces que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho al agua para esos fines, puesto que “existen pruebas que demuestran que se ha cumplido con el suficiente suministro de agua potable para consumo y aseo personal”, puesto que “el abastecimiento de agua que se hace por medio de carrotanques supera ampliamente los 200 litros habitante día per cápita, es decir, mucho más de lo que arrojan los análisis efectuados sobre consumo diario por persona.”

Entra entonces la impugnación a controvertir la prueba anticipada de inspección judicial con base en la cual se formuló la demanda, alegando que la misma no es acertada, efectiva ni adecuada para demostrar la pretendida vulneración de derechos fundamentales, pues “el hecho de que el carro tanque no hubiera llegado dentro de las 8 horas en que se hizo la inspección judicial, no significa que no se hubiere estado dando cumplimiento al suministro de agua potable...”. Lo anterior, por cuanto “se debe tener en cuenta que el abastecimiento de dicho líquido se efectúa en cada entrega es mucho más que el necesario para un día, esto es, nunca ha faltado el agua necesaria para el consumo básico de los moradores de la zona.” Además, la impugnación destaca que la parte accionante es la única inconforme con la prestación actual del servicio de agua potable, “puesto que no se ha presentado ningún otro reclamo por parte de los moradores de la zona.” Por tales razones, la impugnación alega que el fallo de primera instancia desconoció las pruebas obrantes en el expediente, puesto que ordena restituir el suministro de agua potable, suministro que nunca ha faltado.

En un nuevo acápite, la impugnación se refiere a la presunta violación de los derechos fundamentales a la libertad de empresa, de asociación y de iniciativa privada, así como a la propia subsistencia de la sociedad Inversiones Inter Serranías. Al respecto, tras citar el artículo 333 de la Constitución, la impugnación sostiene que la libertad de empresa no se viola por el hecho de que se hayan visto afectados los nacederos de agua a que se refiere la demanda, pues “este evento no tiene nada que ver con la libertad mencionada”. Adicionalmente, recuerda que dicha libertad se encuentra limitada por el bien común, no pudiéndose desconocer que el proyecto de la construcción de la doble calzada Bogotá -Girardot es de interés general.

De otro lado, la sociedad impugnante afirma que en ningún momento se ha atentado contra la libertad de asociación de la sociedad demandante, puesto que no se le ha impedido asociarse. Ahora bien, si la misma sociedad se ha visto perjudicada económica y moralmente, la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para reclamar la indemnización de dichos perjuicios.

Con fundamento en lo anterior, la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot solicita al juez de segunda instancia que niegue la tutela deprecada en la demanda.

1. MATERIAL PROBATORIO ALLEGADO AL EXPEDIENTE ANTES DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Estando el expediente en el Tribunal Superior de Ibagué, en espera del fallo de segunda instancia, la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot aportó nuevas pruebas con el propósito de desvirtuar la presunta vulneración de derechos alegada en la demanda. Dichas pruebas son las siguientes: 1) Un plano topográfico del sector de Serranías del Sumapaz, con el que se pretende demostrar la ubicación exacta del predio Serranías del Sumapaz, así como la existencia dentro del mismo de recursos hídricos provenientes de un manantial o nacedero cuyas coordenadas ahí se indican, así como las de un tanque de almacenamiento del líquido. Con lo anterior se trata de mostrar que dicho predio no sólo tiene agua potable para el consumo básico, sino que también la tiene disponible para el llenado de piscinas y regado de plantas, entre otros. 2) Plano del Proyecto General de la Urbanización del Condominio Vacacional Serranías del Sumapaz, en el cual se localiza el actual y único manantial existente para el suministro del desarrollo urbanístico, el cual no se ha visto afectado por las obras de la concesión autopista Bogotá Girardot. 3) Fotos aéreas que muestran el manantial de agua potable de excelentes condiciones ubicado en la parte alta del predio Serranías de Sumapaz, que suministra el líquido. 4) Adicionalmente se adjunta un video que muestra que es tal la cantidad de agua proveniente del nacedero, que el excedente de dicho líquido se pierde, discurriendo hacia el Río Sumapaz. El video exhibe también las obras de captación, conducción y almacenamiento del agua existente en los predios involucrados en la demanda.

De otro lado, el memorial con el que se presentan estas pruebas precisa que la ordenada por el juez de primera instancia de asegurar un suministro permanente de agua a los demandantes en un caudal de 4.2 litros por segundo resulta a todas luces desproporcionada, toda vez que dicho caudal serviría para abastecer a más de 1.700 personas, de conformidad con las indicaciones técnicas contenidas en la Resolución N° 1096 de 2000, por la cual se adopta el Reglamento Técnico para el Sector de Agua Potable. Dicha Resolución se adjunta al expediente, así como un concepto técnico producido por un especialista en ingeniería hidráulica de la Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot.

1. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DEL 14 DE AGOSTO DE 2008 PROFERIDA POR LA SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ, TOLIMA

Mediante Sentencia del 14 de agosto de 2008, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué decidió revocar la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Melgar y en su lugar denegar el amparo constitucional solicitado en la demanda. Para sustentar su determinación, expuso las siguientes consideraciones:

Recordado lo anterior, el Tribunal analiza la presunta vulneración de derechos fundamentales alegada en la demanda. Para esos efectos, en primer lugar explica que dentro del material probatorio obrante en el expediente, particularmente en la solicitud de inspección judicial pedida como prueba anticipada, se encuentran los documentos que demuestran la titularidad de la propiedad de los predios involucrados en el caso, en cabeza de la señora Gloria de Hodapp y de la Sociedad Inversiones Interserranías Ltda.- Interser Ltda. No obstante, explica que la demostración de la titularidad de la propiedad en cabeza de los demandantes “no es condición indispensable para reclamar la protección de los derechos fundamentales ligados a un predio.”

Aclarado lo anterior, el Tribunal se detiene en la posible vulneración del derecho fundamental al agua de la señora Gloria de Hodapp y su familia. Con este propósito realiza

un ejercicio de valoración probatoria sobre las manifestaciones de las personas intervinientes en la diligencia de inspección judicial, sobre los hechos relatados en el escrito que contiene la propia demanda de tutela, y sobre los escritos mediante los cuales dicha señora ejerció varias veces el derecho de petición ante las entidades accionadas, que lo llevan a entender que “la señora Gloria Trujillo de Hodapp y su familia no tienen fijada su residencia en las tierras a que hace referencia esta tutela, por lo que el único perjuicio que podría causarles la alteración de los manantiales sería frustrar las ganancias económicas que recibirían por su explotación turística, aspecto que sin duda alguna no es susceptible de conjurarse con esta acción constitucional”.

Con respecto a las demás personas naturales demandantes, que son los trabajadores de las fincas y sus hijos, el Tribunal de Ibagué sólo encuentra acreditado que dos de ellas, Libardo Rico y José de Jesús Guerrero, viven en los referidos inmuebles, puesto que ellos suscribieron las planillas de entrega de agua por parte de los carrotanques que han venido sirviendo a los predios. El Tribunal destaca que en la diligencia de inspección judicial no se constató realmente cuántas personas naturales vivían en dichos inmuebles rurales, ni se especificó su identidad ni su edad.

Ahora bien, en cuanto al hecho fundamental alegado en la demanda, es decir la carencia de agua para cubrir las necesidades humanas que se presentaría en los predios como resultado directo de las obras de construcción del Túnel del Sumapaz, el Tribunal, tras examinar las pruebas allegadas al plenario, concluye que “de todas maneras la periodicidad de las entregas de agua en carrotanques por parte de la accionada y recibidas por Libardo Rico y José de Jesús Guerrero (Folios 644-662 Cuaderno 1), permiten colegir que se les ha brindado un abastecimiento adecuado para suplir sus necesidades básicas que pone a salvo sus derechos fundamentales, sólo que no es suficiente para atenderse el mantenimiento de piscinas y zonas verdes de los inmuebles que se dedican a la explotación turística, aspecto que se reitera, no puede solucionarse por la vía de tutela.”

Pasando a estudiar la presunta vulneración de derechos fundamentales en cabeza de la sociedad demandante, que adelanta en los terrenos afectados un proyecto para la construcción de un condominio, el Tribunal recuerda que en un caso similar al actual, en el cual se reclamaba para un proyecto habitacional el suministro de agua potable, esta

Corporación sostuvo que la solicitud de protección era improcedente toda vez que provenía de una persona jurídica que, por definición, no requería como las personas naturales del servicio de agua; aunado a lo anterior, en los predios involucrados en el caso en esa oportunidad, no vivía ninguna persona natural.²² Visto este precedente, el Tribunal sostiene que en el presente caso, “si el proyecto de condominio promovido por la sociedad accionante apenas está en construcción, estando acreditado que no permanecen allí sino quienes se reputan cuidanderos y tienen garantizado el suministro de agua potable para atender sus necesidades básicas, no hay derechos fundamentales quebrados en relación con esta persona jurídica, la que no se hace merecedora del amparo invocado porque cuenta con mecanismos judiciales no sólo para resolver en su favor los posibles incumplimientos en que hayan incurrido sus clientes -ya que alega que ello obedeció al hecho que estima imprevisto de la construcción del túnel- sino para demandar de los responsables la indemnización de los perjuicios que acredite...”.

Así las cosas, el Tribunal concluye que “como quiera que aun sin atender la pruebas aportadas en segunda instancia por la impugnante, ha quedado dilucidado que no está acreditada la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales de ninguno de los accionante, forzoso se impone revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar denegar el amparo deprecado.”

1. ACTUACIÓN SURTIDA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Mediante Auto proferido el veinticuatro (24) de febrero dos mil nueve (2009)²³, la Sala Sexta de la Corte Constitucional puso en conocimiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la existencia del presente proceso, a fin de darle la oportunidad de intervenir dentro del mismo, para lo cual le concedió un plazo de cinco días siguientes a la notificación del mencionado Auto. Lo anterior, teniendo en cuenta que dicho Ministerio, en ejercicio de las competencias que le confiere el Decreto 1220 de 2005, otorgó la licencia ambiental para la construcción de la Autopista Bogotá-Girardot.

Mediante la misma providencia, la Sala Sexta de la Corte Constitucional, para mejor proveer, solicitó al director del Instituto Nacional de Concesiones INCO, al representante legal de la Sociedad Concesionaria Concesión Autopista Bogotá - Girardot S.A. y al representante legal de la Sociedad Constructora Semaica, que en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación del referido Auto, suministraran a esa Sala copia de los contratos suscritos por esas entidades cuyo objeto se relacionara con la construcción de la Autopista Bogotá -Girardot.

Adicionalmente, la Sala Sexta ordenó en dicho Auto suspender los términos del presente proceso, de manera que sólo volvieran a correr una vez se recibieran y evaluaran las respuestas emitidas.

1. En respuesta a lo ordenado en el proveído anterior, en memorial de diecisiete (17) de marzo de dos mil nueve (2009), el representante legal de la Sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot hizo llegar a la Corte Constitucional copia del contrato N° GG-040-2004 para el diseño, construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial Bosa-Granada-Girardot.²⁴

1. Así mismo, con memorial recibido en la Corte Constitucional el día dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009), el doctor Fabián Ernesto Moscote, coordinador de defensa judicial, doctrina y conceptos del Instituto Nacional de Concesiones -INCO-, remitió con destino al expediente Copia del Contrato de Concesión GC-040-de 2004, celebrado entre INCO y al Sociedad Concesión Autopista Bogotá- Girardot, junto con todos sus apéndices y adiciones. Adicionalmente, aportó información relacionada contenida en medio magnético (CD-ROM).²⁵

1. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. EL PROBLEMA JURÍDICO QUE PLANTEA LA DEMANDA

1. Los actores que son personas naturales estiman que sus derechos fundamentales al agua potable, a la vida, a la dignidad, a la salud y a la salubridad pública han sido vulnerados por las entidades demandadas, pues al adelantar las obras de construcción de un túnel en una carretera nacional, han afectado las fuentes naturales de agua de que se surtían para consumo humano, para riego y para desarrollar actividades comerciales turísticas. Para la fecha de la demanda, afirman que dichas fuentes naturales se habían secado totalmente. De estos demandantes, algunos residen permanentemente en los predios afectados, por ser trabajadores en ese lugar o familiares de los mismos. Otros dos son propietarios de tales predios, y de ellos una alterna su lugar de residencia entre Bogotá y los predios afectados.

Dentro del grupo de demandantes, se encuentra también una sociedad comercial, que adelanta en los predios la construcción de un proyecto turístico, que se ha visto afectado por el fenómeno descrito. Esta sociedad estima que sus derechos fundamentales a la libertad de empresa y la subsistencia están siendo vulnerados por las entidades demandadas.

Los demandantes aportan material probatorio que demuestra el sensible deterioro del recurso acuífero en los predios que se mencionan en la demanda, entre ellos una inspección judicial con intervención de peritos realizada como prueba anticipada por el Juzgado

Segundo Promiscuo Municipal de Melgar.

Con estos fundamentos, todos los demandantes solicitan al juez de tutela que ordene que se restituyan los volúmenes de agua potable de buena calidad y caudal comprobados que provenían de los manantiales existentes en los predios citados en la demanda.

1. Las entidades que contestaron la demanda se opusieron a la misma así:

Por su parte, el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no ejecuta obra alguna, pues estas son llevadas a cabo por un concesionario, limitándose a INCO a “administrar un negocio jurídico como es la concesión”. En tal virtud, afirma que no ha podido vulnerar los derechos fundamentales de los demandantes. Agrega que la presente acción de tutela no es procedente, pues los actores tienen a su disposición otros mecanismos de defensa judicial, además de que no se cumple con el requisito de inmediatez.

El juez de primera instancia concedió la tutela, al estimar que sí existía un derecho fundamental al agua cuya protección podía lograrse mediante el ejercicio de la acción de tutela, y que en el presente caso estaba demostrado que se había afectado el caudal de agua potable proveniente de los nacederos ubicados en los predios citados en la demanda; agregó que era evidente que esta afectación de los nacederos vulneraba el derecho fundamental al agua potable de las personas naturales que habían impetrado la tutela, y que también la persona jurídica demandante se encontraba afectada en sus derechos fundamentales a la libertad de empresa y de iniciativa privada, pues las acciones y omisiones de las entidades demandadas habían puesto en peligro su existencia como persona jurídica. En tal virtud, ordenó a las demandadas que en el término de veinte días dieran una solución permanente y definitiva al problema de falta de agua potable en los predios involucrados en el caso.

Apelada la anterior decisión, el ad quem la revocó y en su lugar denegó la tutela. Lo anterior por estimar que sólo respecto de aquellas personas naturales residentes en los predios afectados con la reducción del caudal de las aguas podría llegar a considerarse vulnerado el derecho al agua potable, y que de las pruebas obrantes en el expediente era

posible aseverar que sólo dos personas vivían allí. Sin embargo, de las mismas pruebas también se colegía que las accionadas habían sido diligentes en proveer de agua para consumo humano a los aludidos residentes, lo cual descartaba que se hubiera violado dicho derecho fundamental, del que solo eran titulares los seres humanos y en forma restringida al uso personal y doméstico.

1. Así las cosas, corresponde a la Sala recordar cuál es el fundamento y el alcance del derecho fundamental al agua potable, quién puede ser titular del mismo, establecer si puede ser objeto de protección mediante el ejercicio de la acción de tutela y examinar el material probatorio obrante en el expediente para verificar si en el presente caso se está o no frente a la vulneración de este derecho fundamental. Adicionalmente, debe analizar la Sala si los derechos a la libertad de empresa, a la iniciativa privada y a la propia existencia de una persona jurídica pueden considerarse vulnerados por la afectación económica derivada de la disminución del caudal de las aguas en un predio por ella explotado.

1. ANÁLISIS EN PROFUNDIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE

1. Criterios jurisprudenciales

En múltiples ocasiones la Corte, y particularmente esta Sala de revisión de tutelas, se ha referido al asunto del fundamento y el alcance del derecho fundamental al agua potable, de quién puede ser titular del mismo, y de cuándo puede ser objeto de protección mediante el ejercicio de la acción de tutela. En reciente pronunciamiento contenido en la Sentencia T-888 de 200826, esta Sala Sexta de Revisión llevó a cabo un pormenorizado recuento de los criterios jurisprudenciales relativos a esta materia, que ahora encuentra que debe reiterar. Se dijo entonces lo siguiente:

“Derecho fundamental al agua apta para el consumo humano. Reiteración de jurisprudencia.

“8. Desde sus primeras sentencias, esta Corporación ha mantenido una tesis uniforme en cuanto a la protección de los derechos fundamentales que se derivan del suministro de agua apta para el consumo humano y de un servicio de alcantarillado que lo permita, pues ha concluido que el agua potable constituye un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas cuando está destinada al consumo humano. En esa línea, entonces, la Corte ha dicho que el derecho al agua puede protegerse por medio de la acción de tutela cuando contribuye a la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no lo es cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados.

“En efecto, son numerosas las sentencias proferidas por las distintas Salas de Revisión de esta Corporación que definen los casos en los que procede la tutela para exigir de las autoridades públicas y de los particulares la adecuada, eficiente y oportuna prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, si se tiene en cuenta la especial importancia que para el Estado Social de Derecho tiene la solución de las necesidades insatisfechas de la población en particular respecto del “saneamiento ambiental y de agua potable” (artículos 365 y 366 de la Constitución).

“9. Precisamente por lo anterior, en sentencia T-406 de 1992, la Sala Primera de Revisión concedió la tutela por violación de los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana e igualdad del accionante y de los habitantes de un barrio en Cartagena que carecían por completo del servicio de alcantarillado. En igual sentido, la sentencia T-570 de 1992, dijo que “El hecho de que la comunidad no tenga servicio de acueducto, o lo tenga pero no funcionando adecuadamente, se constituye en factor de riesgo grande para la salud de la comunidad expuesta a esa situación”. Así mismo, la sentencia T-539 de 1993 concedió la tutela y ordenó al prestador del servicio público de acueducto y alcantarillado del municipio de Lorica (Córdoba) adelantar las obras necesarias o tomar medidas para que el servicio de agua potable se preste con regularidad, presión y calidad aceptables y aptas para el consumo humano en algunos barrios de la localidad donde se afectaban los derechos fundamentales de los accionantes. También, para proteger el derecho fundamental al suministro de agua apta para el consumo de los solicitantes de tutela, las sentencias T-244 de 1994 y T-092 de 1995 ordenaron la construcción de acueductos en los municipios de Aipe (Huila) y Guaduas (Cundinamarca) y, ante la notoria deficiencia de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la población

de Taganga, la sentencia SU-442 de 1997 concedió la tutela de los derechos a la vida y al suministro de agua potable y ordenó al gerente de Metroagua y al Alcalde de Santa Marta que continúen con la licitación para la construcción de una nueva planta de tratamiento que permita llevarle agua a la comunidad en condiciones de potabilidad.

“Pero, incluso, la acción de tutela ha resultado procedente para proteger el derecho fundamental al agua potable no sólo para hacerlo exigible frente al prestador del servicio público, sino también cuando han sido algunos particulares los que han impedido su ejercicio de manera arbitraria, puesto que cuando “la actividad privada afecta grave y directamente el interés colectivo y pone en peligro los derechos de un número plural aunque determinado de personas, la respectiva conducta se hace más perniciosa y repudiable, porque el daño es potencialmente más nocivo en cuanto afecta o puede comprometer a un mayor número de víctimas, casi todas ajenas a los motivos que mueven al infractor, quien muchas veces obra por motivos innobles o fútiles”²⁷. Así, por ejemplo, en sentencia T-413 de 1995, la Sala Séptima de Revisión concedió la tutela instaurada contra la Junta Administradora del Acueducto regional “La Cuchilla” situado en el municipio de San Agustín (Huila), la cual decidió autorizar la utilización del agua para regar predios, lavar vehículos y para el consumo de animales, pese a que se afectaba el servicio domiciliario de agua potable al accionante y a otros usuarios del acueducto. De igual manera, en sentencia T-244 de 1994, la Sala constató que la construcción de un muro en el predio de unos particulares represaba el agua que requerían los habitantes de una población para el consumo humano, pese a lo cual las autoridades competentes no habían tomado medidas al respecto. En esa ocasión, la Sala concedió la tutela y consideró que “deben adoptarse como medidas tendientes a lograr la solución a los problemas señalados que ponen en peligro la vida tanto del accionante como de la misma comunidad, una de carácter transitorio para permitir la circulación o fluído del agua de la quebrada en forma libre, y otra de carácter permanente, la cual consiste en la orden de construcción de un acueducto para la vereda”.

“También en sentencias más recientes, la Corte ha mantenido su línea jurisprudencial y ha reiterado que el derecho al consumo de agua en condiciones de potabilidad tiene rango fundamental y puede ser protegido por vía de tutela cuando existe afectación particular del derecho fundamental o cuando existe un perjuicio irremediable que autorice la intervención urgente del juez de tutela, siempre y cuando el suministro de

agua sea requerido para el consumo humano y no para otras necesidades. En efecto, en sentencia T-022 de 2008, la Sala Séptima de Revisión concedió la tutela del accionante y su familia, quienes se encontraban en una grave situación de insalubridad por la indebida construcción o falta de alcantarillado en su casa, lo cual producía desbordamiento de aguas negras y contaminación del agua que consumían. En esa ocasión, la Sala ordenó al Alcalde de Cartagena la construcción del alcantarillado en el sector afectado y “hasta tanto se de la solución definitiva... ejecute medidas provisionales, idóneas y gratuitas, encaminadas a la cesación de las molestias y perjuicios que padecen el accionante Guillermo A. Quintero Montes y su grupo familiar...” Igualmente, en sentencia T-1104 de 2005, la Sala Primera de Revisión reiteró el carácter ius fundamental del derecho al agua potable, al advertir que “el servicio público de acueducto tiene como finalidad la satisfacción de necesidades vitales de las personas, lo que exige, naturalmente, el suministro de agua apta para el consumo humano pues no podrá considerarse que el servicio se presta con el mero transporte del líquido, sin aplicarle ningún tipo de tratamiento cuando no reúne las condiciones físicas, químicas y bacteriológicas mínimas exigidas para su uso, sin que ponga en riesgo la salud y la vida de sus consumidores... la falta de prestación de éste servicio también está llamada a constituir una posible violación del derecho que tienen todas las personas a vivir una vida digna. Se concluye entonces que el servicio público domiciliario de acueducto puede ser objeto de protección judicial a través de la acción de tutela”. De la misma manera, en sentencia T-410 de 2003, la Sala de Revisión ordenó al Alcalde del municipio de Versalles (Valle del Cauca) que, en un término no superior a 6 meses, garanticen el suministro efectivo del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad, inmediatez y regularidad exigidos por la Constitución y la ley, por cuanto “el agua potable constituye un derecho constitucional fundamental cuando está destinada para el consumo humano, pues es indispensable para la vida. Por lo tanto, como lo ha señalado esta Corporación, la vulneración de este derecho es amparable a través de la acción de tutela”.

“10. Así las cosas, la Corte ha determinado que procede la acción de tutela para proteger el derecho fundamental al agua potable cuando: i) se demuestre que se requiere para el consumo humano, pues en caso contrario no se trata de un derecho fundamental y, por lo tanto, no debe utilizarse este mecanismo procesal sumarial sino la acción popular; ii) se pruebe que el agua que se ofrece al accionante y/o a una comunidad determinada se encuentra contaminada o no se presta en condiciones

aptas para el consumo de las personas²⁸ y, iii) los usuarios cumplen con los requisitos señalados en la ley y los reglamentos para la instalación del servicio público, pues este derecho también implica el deber de acatar las normas técnicas especializadas para la correcta prestación del servicio. Así, por ejemplo, la Sala Segunda de Revisión advirtió que “los usuarios, también se encuentran sujetos al cumplimiento de las disposiciones que establezca la ley para acceder al servicio público que se solicita, de suerte que se pueda garantizar la eficiencia del servicio y la adecuada administración de los mismos, en beneficio de toda la comunidad. En ese orden de ideas, quienes pretendan vincularse como usuarios de un servicio público, en este caso de agua, se encuentran obligados a cumplir con las disposiciones que para la aprobación de la solicitud exijan las disposiciones que rigen la materia, sin que sea de recibo argumentar la excesiva tramitología del Estado”²⁹.

“11. Además de lo anterior, la Sala recuerda que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante la Observación 15 de 2002, dijo que, en consideración a que “el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud” porque es una “condición previa para la realización de otros derechos humanos”, los Estados parte deben implementar las medidas adecuadas para garantizar la eficacia de los derechos y libertades implícitos al agua, de tal forma que todas las personas puedan gozar en igualdad de condiciones del derecho al suministro de agua para suplir sus necesidades alimenticias, agrícolas y tecnológicas, evitar los cortes arbitrarios del suministro, impedir la contaminación de los recursos hídricos y disfrutar del derecho al agua.

“Para lograr dichos objetivos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dijo que el derecho al agua debe cumplir los siguientes elementos: i) debe ser adecuado a la dignidad, la vida y la salud humana, ii) el agua debe tratarse como un bien social y cultural y no como un bien económico, iii) El ejercicio del derecho al agua debe ser de tal forma que sea sostenible tanto para las generaciones actuales como para las futuras.

“De igual manera, el Comité manifestó que aunque el adecuado ejercicio del derecho al agua varié en función de distintas condiciones, de todas maneras deben aplicarse los siguientes factores:

“a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

“También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

“b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

“c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

“i) Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

ii) Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

iii) No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los

motivos prohibidos.

iv) Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua". (Negrillas y subraya fuera el original)

Con base en los anteriores criterios, la Sala entra a estudiar el caso concreto sujeto a decisión.

1. ESTUDIO DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL AGUA POTABLE EN EL CASO CONCRETO

A fin de establecer si la presente acción de tutela está llamada a proceder para la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la salubridad y el agua potable, es necesario precisar si las circunstancias fácticas expuestas en la presente demanda y probadas en el expediente corresponden a las de aquellos supuestos de hecho en los cuales la jurisprudencia ha establecido que la acción de tutela resulta procedente para la protección de estos derechos, cuando se han visto vulnerados o amenazados por la imposibilidad de sus titulares de proveerse de agua. Pasa la Sala a estudiar el asunto, para lo cual hará enseguida un pormenorizado ejercicio de valoración probatoria.

1. La efectiva afectación de los recursos hídricos en los predios mencionados en la demanda.

1. De las pruebas que obran en el expediente y de las manifestaciones de una de las entidades demandadas, concretamente la sociedad Concesión Autopista Bogotá -Girardot, no tiene duda la Sala en cuanto a que la construcción del Túnel del Sumapaz ha afectado al menos transitoriamente las fuentes hídricas de los predios de

su área de influencia, entre ellos aquellos en los cuales residen algunos de los demandantes.

En efecto, en la contestación de la demanda, la propia sociedad mencionada admitió lo siguiente:

1) Que el estudio de impacto ambiental llevado a cabo por la firma INGETEC para la construcción del Túnel del Sumapaz determinó que durante la obra se presentarían infiltraciones de agua dentro del mismo, hasta una tasa aproximada de 80.6 litros por segundo, las cuales con el transcurso del tiempo cesarían o se disminuirían drásticamente.³⁰

2) Que como consecuencia de las anteriores infiltraciones, el mismo estudio de impacto ambiental estimó los siguientes efectos: “Los efectos directos, asociados con las filtraciones de agua hacia el interior del túnel durante las actividades de excavación y la operación del túnel vial, están relacionados con la alteración de los manantiales que dan origen y surten las quebradas ubicadas sobre el alineamiento del túnel y área de influencia directa. Lo anterior podría interferir con los usos del agua que se dan en el sector, especialmente para el abastecimiento de agua de consumo de uso doméstico.”³¹

3) Que vistas las anteriores previsiones, INGETEC elaboró un Plan de manejo ambiental para el proyecto, que comprendía el manejo del recurso hídrico subterráneo en el sector del Túnel del Sumapaz; entre las actividades a realizar se preveía como medida de carácter preventivo y mitigatorio el revestimiento total del túnel en concreto, lo que contribuiría a disminuir las filtraciones de agua en su interior.

4) Que durante la construcción del túnel, concretamente a mediados de junio de 2007, “se pudo verificar la disminución drástica de los caudales del nacedero Gummer o La turbina, localizada en el Portal de la Salida del Túnel, sector Boquerón, lo que generó malestar y preocupación en los moradores del lugar que se abastecían de esta fuente hídrica, para sus necesidades básicas, ante esto se planteó una reunión ... con los moradores del lugar y se llegó a cuerdos para el abastecimiento del líquido por medio de carro tanques. Adquiriendo el líquido en las instalaciones del acueducto de Melgar...”. Copia del acta de la reunión a la que hace referencia esta frase de la contestación de la demanda obra en el expediente, y en ella se puede constatar la

presencia en dicha reunión de una abogada que acudió en representación del Condominio Serranías del Sumapaz, de propiedad de algunos de los demandantes.

5) Que el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial realizó una visita de seguimiento en la que pudo constatar el estado de las fuentes de agua arriba mencionadas y las acciones tomadas por el concesionario, después de la cual emitió un acto administrativo fechado el 11 de octubre de 2007, en el cual ordenó atender de forma inmediata y hasta que se encontrara una solución definitiva el suministro de agua para el consumo humano y doméstico de las familias ubicadas en el área de influencia directa del portal de salida del túnel del Sumapaz, afectadas por el secado del nacedero Gummer y la quebrada La Turbia³², que se abastecían de esos cuerpos de agua.

1. Adicionalmente, la Sala concluye que dentro de las personas afectadas con la disminución de los recursos hídricos de la zona de influencia del Túnel del Sumapaz está probado que se encuentran algunas de las personas naturales demandantes. En efecto, obran en el expediente las constancias de recibo del agua suministrada por los carro-tanques que surtieron de agua al Condominio Serranías del Sumapaz durante los meses comprendidos entre julio de 2007 y marzo de 2008, en los cuales firman como receptores Libardo Rico o José de Jesús Guerrero, aquí demandantes.³³ Además, la misma Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot, en comunicación dirigida al Subgerente de Gestión contractual de INCO, fechada el 24 de septiembre de 2007, admitió que al hacer el inventario de los predios afectados por la sequía de la quebrada “La turbina” , se encontraba el “Condominio Serranías del Sumapaz (3 casas de recreo)”.³⁴

1. Así mismo, obra en el expediente el acta de la diligencia de inspección judicial con intervención de peritos practicada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Melgar, Tolima, en la Hacienda San Antonio, hoy Guayabamba. De la lectura de dicha Acta se extrae lo siguiente, que confirma la afectación de las fuentes hídricas en los predios mencionados en la demanda, para la fecha de dicha diligencia:

- 1) Que dicha Hacienda está parcelada en 21 lotes.³⁵
- 2) Que en la casa vieja de la Hacienda hay una gran piscina que en el momento de la diligencia estaba llena con agua extraída con motobomba del Río Sumpaz.³⁶
- 3) Que en la casa del vigilante de dicha Hacienda se encuentra un tanque de agua, que para la época de la diligencia “se llena con el agua potable que traen los carrotanques.”³⁷
- 4) Que en la parcela número 5 existe una casa de dos plantas “amoblada para el uso y alquiler como sitio turístico”, que cuenta con piscina y “casa para vigilante”. En esta construcción hay un tanque de agua potable “que suministra de agua a la casa principal, a la casa del vigilante y la piscina e igualmente para el riego de todos los jardines y árboles frutales...”³⁸
- 5) Que en la parcela número 16 existe otra edificación de tres pisos, con piscina. ³⁹
- 6) Que en la parcela número 18 se está desarrollando el condominio “La Gloria Propiedad Horizontal”, por lo cual existen en el lote unas obras de infraestructura en obra gris, “con la piscina totalmente deteriorada por la falta de agua, y las obras se ven en abandono, con materiales botados y deteriorados...”⁴⁰
- 7) En las líneas finales del Acta de la diligencia, el Juez consigna lo siguiente:

“Igualmente se pudo establecer que los nacimientos de agua que se afirma tener el predio se secaron, y el agua para el servicio de las Serranías del Sumapaz es extraída por medio de una motobomba del Río Sumapaz hasta una piscina que se encuentra en la antigua casa de la finca, donde es almacenada para tratar de desarenarla, o decantarla para luego subirla al tanque del almacenamiento, aproximadamente se utiliza unos 550 metros de manguera, esa agua según se aprecia a simple vista no es apta para consumo humano. ... Así mismo deja constancia este juzgado que la construcción de los inmuebles se encuentra paralizada, existiendo solamente la casa modelo. De la misma manera pudo constatar el Juzgado que la vegetación se encuentra en algunas partes totalmente marchita y seca...”⁴¹

1. Los peritos que intervinieron dentro de la diligencia rindieron un dictamen, que obra también en el expediente⁴²

2. . Allí se lee, entre otras cosas, lo siguiente:

Al hacer el reconocimiento de las construcciones existentes en el predio objeto de la inspección, los peritos describen “1. Una casa de dos plantas, una parte antigua.... Esta casa está destinada especialmente para el alquiler de los fines de semana, es decir para turismo... no hay servicio de agua en baños y cocina.” 2. Una casa para los vigilantes de la finca..., toda esta casa está rodeada de jardines y un tanque al lado de la cocina que se está utilizando para guardar el agua potable que llega en carro tanques, agua que se utiliza para el consumo humano y para dar de beber a los animales domésticos... no hay servicio de agua potable y las cuatro personas que la habitan deben bañarse con el agua que es extraída del río Sumapaz.” 3. Una piscina olímpica... una piscina para niños y un jacuzzi. La piscina grande se encuentra llena de agua totalmente negra que proviene del Río Sumapaz, en donde se deja el agua de un día para otro y así hacer asentamiento de los sedimentos...”. 4. Un tanque construido en ladrillo, con pañete y con todas las instalaciones para el acueducto de la finca, es decir para la distribución del agua potable, pero que por ahora se está utilizando como acueducto para el depósito del agua del Río Sumapaz y así a través de las tuberías poder hacer el riego de los prados y jardines...”. 5. Dos tanques de depósito, que se encuentran en la falda de la montaña, detrás de la piscina para niños, totalmente desocupados...6. La finca San Antonio, hoy Guayabamba.” (Negrillas fuera del original)

Más adelante el dictamen pericial prosigue informando que “se realizó igualmente un reconocimiento general del predio ROCAS DEL SUMAPAZ, en donde encontramos una parcelación de 21 lotes debidamente determinados... con tres construcciones en los lotes 5, 16 y 18.”⁴³ En relación con las construcciones encontradas en la parcela número cinco, el dictamen dice que “se deja constancia que se revisaron los baños y cocina y no hay agua en ninguna de ellas, lo mismo en la zona de parqueo en donde las llaves están abiertas y no hay agua. Este inmueble se dedica únicamente para

turismo correspondiendo a una casa de magníficas instalaciones y acabados.”⁴⁴ Respecto de la parcela número dieciséis, dice el dictamen que allí se encuentran dos casas que “no tienen servicio de agua potable y los cuidanderos tienen que recoger aguas lluvias para bañarse y traer agua del Boquerón para consumo humano”.⁴⁵ Agrega que a “este inmueble llega un acueducto hecho en la misma finca que deriva su abastecimiento de uno de los nacimientos que se encuentra seco por las obras que se vienen realizando en el túnel del Boquerón... el tanque de agua que existe sobre la casa se encuentra casi vacío y la poca agua que existe es traída por los trabajadores para su manutención como cuidanderos de esta otra casa en la finca.”⁴⁶

Sigue el dictamen pericial refiriéndose a las construcciones encontradas en la parcela número dieciocho, respecto de lo cual dice: “Hay instalaciones de acueducto con pozos y cajas de inspección todas ellas secas y abandonadas... Todas las casas se encuentran amobladas y para el turismo o sea para rentarse por turismo. En ninguna de ellas se pudo constatar el servicio de agua potable. La casa modelo ya se encuentra totalmente terminada. Se ve con claridad que se desarrollan obras de estructura para la construcción de por lo menos doce casas iguales a la modelo, pero la obra está paralizada, abandonada y no hay agua para acometer las obras que faltan.” ⁴⁷

Al respecto informa lo siguiente: (i) “las tres (3) casas están dedicadas al turismo o sea a la renta para turismo de fines de semana y puentes, con toda la dotación que las hace muy apetecidas por los veraneantes. En cuanto a las construcciones del lote 18 pues la actividad es la construcción, se ve claramente que se está construyendo un condominio vacacional de alto rango, con casas muy especiosas como la modelo... Se detalla que hasta hace poco tiempo hubo construcción porque hay un rancho con materiales, maquinaria, elementos de construcción, herramientas y por lo inconcluso de las obras de gran magnitud como piscina, escaleras, pantallas de concreto, parqueaderos, terrazas, etc.... Los otros lotes de la finca tienen vegetación variada, se nota que ha sido cuidada... Hay varios acueductos (3) con tomas o llaves en varios puntos, hay tanques de almacenamiento de agua, hay mangueras y equipos de regadío, hay personal al servicio de la finca...”.⁴⁸(Negrillas fuera del original)

Respecto de quiénes ocupan los inmuebles objetos de la inspección, los peritos dan

cuenta de que “pudimos constatar que hay una familia de cuidanderos compuesta por 4 personas tanto en la primera de las fincas o la casa antigua de la finca como en la casa intermedia donde fuimos atendidos. Allí la señora Gloria de Hodapp tiene su casa. En la finca de arriba igualmente hay una casa de cuidanderos en donde observamos que se encuentra ocupada, pero no pudimos constatar el número de personas que la habitan, pero en resumen podemos afirmar que son tres familias permanentes las que ocupan los inmuebles. En la casa modelo no hay nadie ocupándola. Los cuidanderos de la casa de la finca tienen muy poco tiempo de estar allí porque los anteriores según manifestaciones, se retiraron debido a que no hay agua potable ni para cocinar ni para bañarse; los cuidanderos de la segunda casa llevan como 8 años viviendo allí dicho por ellos, y no se pudo constatar cuanto tiempo llevan viviendo los ocupantes de la tercera de las casas.”⁴⁹ (Negrillas fuera del original)

En cuanto al sistema de acueducto, dice el dictamen pericial: “hay muchos nacederos de agua por lo que el terreno se presta siendo una tierra muy rica en aguas... La finca se estaba abasteciendo de tres nacederos principales dos ubicados hacia el sitio denominado la nariz del diablo y el otro sobre la parte posterior de la finca. Todos los nacederos se encuentran secos, conforme lo constatamos personalmente... el agua con que se está trabajando en la finca es el agua del río Sumpaz... Se nos informó que esporádicamente llevan tanques de agua los señores del túnel, pero en el día de la visita y en los días posteriores no llegó ningún abastecimiento de agua potable.... Finalmente, las personas que habitan en los inmuebles (3 familias) informaron que exponiéndose, se bañan con aguas del río Sumapaz, y para consumo compran agua a los vecinos o traen agua del Boquerón para poder cocinar. ... Según manifestaciones de los mismos empleados cuando traen el tanque del agua los señores del túnel se hace riego directamente de dicho tanque y se trata es de llenar los tanques domésticos o de las casas para poder tener agua para consumo humano. Dichos empleados comentaron que llevan dos meses laborando en la finca y que alguno de ellos ya se ha tenido que retirar pues el contacto con el agua del río los ha enfermado.... En todos los sectores en donde se revisó el acueducto se comprobó que no hay agua potable, que los acueductos utilizados para el agua potable hoy se utilizan para conducir el agua del río Sumapaz, lo que los contamina en forma grave para su posterior utilización. No es posible el tratamiento el agua del río Sumapaz en forma artesanal pues es agua demasiado contaminada...”⁵⁰ (Negrillas fuera del original)

1. Conclusión: El estudio de las anteriores pruebas lleva a la Sala a la certeza en cuanto a que las fuentes de agua que existían en los predios mencionados en la demanda antes de la construcción del Túnel del Sumapaz se vieron seriamente afectadas por efectos de la referida obra.⁵¹

2.

1. El destino que se daba a los recursos hídricos existentes en los predios mencionados en la demanda.

De las pruebas reseñadas, se infiere con facilidad que las fuentes hídricas que existían en los predios mencionados en la demanda se destinaban a los siguientes propósitos: (i) Para el uso personal y doméstico de tres familias de trabajadores residentes en el lugar. (ii) Para actividades comerciales de turismo, es decir para el arrendamiento de inmuebles con dichos fines, incluyendo el llenado de varias piscinas. (iii) Para riego de plantas frutales y ornamentales y para dar de beber a animales domésticos.

1. La entrega efectiva de agua suministrada por las entidades demandadas mediante carro tanque, y la cantidad y el destino dado a la misma.

De las pruebas analizadas también se concluye que a raíz de la afectación de los recursos acuíferos de los predios mencionados en la demanda, la sociedad Constructora Semaica, subcontratista de la sociedad Concesión Acueducto Bogotá - Girardot (ambas demandada dentro de este proceso), comenzó a proveer a los residentes de dichos predios de agua potable, mediante el envío de carro-tanques. Ciertamente, como se dijo anteriormente, obran en el expediente las constancias de recibo del agua suministrada por los carro-tanques que surtieron durante varios meses al Condominio Serranías del Sumapaz, en los cuales firman como receptores Libardo Rico y José de Jesús Guerrero, aquí demandantes.⁵² Además, durante la diligencia de inspección judicial, el señor juez y los peritos fueron informados sobre dichos envíos,

como se aprecia en los apartes del acta y del dictamen arriba transcritos.

Ahora bien, de conformidad con los informes que se le rindieron al juez y a los peritos que llevaron a cabo la diligencia de inspección judicial, el agua suministrada por los carro tanques podría no ser suficiente para satisfacer las necesidades de consumo humano de las tres familias que residen en los predios de la demanda; en efecto, en el dictamen pericial se lee que allí hay “una casa para los vigilantes de la finca..., toda esta casa está rodeada de jardines y un tanque al lado de la cocina que se está utilizando para guardar el agua potable que llega en carro tanques, agua que se utiliza para el consumo humano y para dar de beber a los animales domésticos... no hay servicio de agua potable y las cuatro personas que la habitan deben bañarse con el agua que es extraída del río Sumapaz.” Más adelante se lee que respecto de la parcela número dieciséis, allí se encuentran dos casas que “no tienen servicio de agua potable y los cuidanderos tienen que recoger aguas lluvias para bañarse y traer agua del Boquerón para consumo humano”.⁵³

Además, en el mismo dictamen se dejó constancia de que “las personas que habitan en los inmuebles (3 familias) informaron que exponiéndose, se bañan con aguas del río Sumapaz, y para consumo compran agua a los vecinos o traen agua del Boquerón para poder cocinar.” Así pues, las manifestaciones anteriores llevarían a concluir que el agua suministrada en carro-tanques no resultaba suficiente para abastecer a las tres familias de trabajadores residentes en el lugar.

1. El número de personas naturales residentes en los predios afectados.

El número de personas naturales efectivamente residentes en los predios a que se refiere la demanda es impreciso, aunque del Acta de la inspección judicial y del dictamen pericial se colige que allí en el momento de la diligencia vivían tres familias de cuidanderos, una de ellas integrada por cuatro personas, con presencia de menores y otras cuyo número de integrantes no se pudo verificar. En cuanto a la señora Gloria de Hodapp, ella misma afirma en la demanda que alterna su lugar de residencia entre los predios afectados y la ciudad de Bogotá.

1. La vulneración real del derecho fundamental al agua de las personas residentes en los predios a que se refiere este proceso.

1. Del anterior ejercicio de valoración probatoria, la Sala concluye que fue efectivamente vulnerado el derecho fundamental al agua potable de las personas residentes en los predios a que alude la demanda, algunas de las cuales está probado que son demandantes en este proceso⁵⁴. Lo anterior por las siguientes razones:

1) Porque los recursos acuíferos afectados por la construcción del Túnel del Sumapaz, adelantada por las sociedades demandadas, particularmente por la Sociedad Concesión Acueducto Bogotá - Girardot y su subcontratista la Sociedad Constructora Semaica, eran aquellos que venían sirviendo a dichas personas para satisfacer sus necesidades personales y domésticas.

2) Porque aunque dichas sociedades para la época en que ocurrieron los hechos que motivaron la demanda estuvieron proveyendo a dichas personas naturales de agua potable mediante carro-tanques, existen evidencias constatadas y probadas en el proceso relativas a la insuficiencia de dichos suministros.

3) Porque el suministro de agua potable mediante el sistema de carro-tanque, en las circunstancias de modo y cantidad que aparecen probadas en el expediente, no cumple con el requisito de “disponibilidad del agua”, necesario para que pueda entenderse satisfecho el derecho fundamental al agua potable. En efecto, de conformidad con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁵, la disponibilidad del agua implica que el abastecimiento de la misma para cada ser humano sea “continuo y suficiente” para los usos personales y domésticos, cosa que no sucede en este caso. Además, la disponibilidad también hace referencia a la accesibilidad física al agua, es decir a que “las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos”, cosa que tampoco se observa cumplida en esta oportunidad, pues el depender del carro-tanque que por cuenta de un tercero suministra el agua para los usos personales y domésticos pone a quien así la recibe en situación de dependencia respecto de ese tercero, en relación con la satisfacción de esta necesidad básica, sin que pueda estimarse se que tenga un acceso personal y directo a las fuentes

de agua. Finalmente, no se cumple tampoco en este caso con el requisito de calidad del agua, porque aunque el agua suministrada por los carro-tanques era potable, resultó insuficiente, y el agua del Río Sumapaz, a la que tuvieron que acudir los residentes de los predios para bañarse, no es salubre para dichos propósitos.

1. Sin embargo, la Sala observa que las pretensiones de la demanda, que busca que se restituyan los volúmenes de agua potable de buena calidad y caudal comprobados, que provenían de los manantiales existentes en los predios citados antes de la construcción de la obra, excede el espectro de protección constitucional del derecho al agua potable. Ciertamente, según se desprende del examen probatorio efectuado, el caudal de aguas existente antes del inicio de dicha obra alcanzaba para (i) cubrir las necesidades de uso personal y doméstico de las personas residentes permanentemente en los predios (tres trabajadores y sus familias), (ii) para actividades comerciales de turismo en varias casas, que incluían el llenado de piscinas, (iii) y para el riego de plantas y jardines ornamentales. De esta manera, solicitar que se restituya el agua en estas proporciones y para todos esos propósitos sobrepasa la finalidad propia de la acción de tutela, que en cuanto se refiere al derecho fundamental al agua potable puede ser utilizada únicamente para garantizar agua de calidad en aquella cantidad necesaria para el consumo humano y para el uso doméstico.

Ciertamente, como se reseñó arriba, la jurisprudencia ha precisado que el agua potable constituye un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas, cuando está destinada al consumo humano⁵⁶. Y este derecho puede protegerse por medio de la acción de tutela, únicamente cuando se relaciona con la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no cuando está destinada a otras actividades, tales como el turismo, la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados. Por lo cual en esta oportunidad el agua que se reclama para fines de explotación turística o para regadío no puede concederse mediante orden impartida por el juez constitucional.

Así las cosas, en la parte resolutive de la presente Sentencia se emitirá una orden tendiente a garantizar exclusivamente el agua para consumo humano y uso doméstico

de las personas residentes permanentemente en los predios afectados.

1. El posible carácter transitorio de la afectación de los recursos hídricos y la existencia de fuentes acuíferas alternas a los manantiales afectados.

1. La Sala detecta que la comprobada afectación de las fuentes hídricas denunciada en la demanda, causada por la construcción del túnel del Sumapaz, si bien era evidente para el momento de la diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Melgar, y también fue aceptada por la sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot al contestar la demanda, puede tener un carácter transitorio; y que trascurrido un tiempo, es posible que el nivel de las aguas retorne a la normalidad. Así mismo observa que también es posible que en los predios afectados existan otras fuentes hídricas distintas de los manantiales afectados que se usaban para abastecer a dichos predios. Lo anterior se deduce de las siguientes pruebas obrantes en el expediente:

1) Del estudio de impacto ambiental llevado a cabo por la firma INGETEC para la construcción del Túnel del Sumapaz, citado en la contestación de la demanda, que determinó que durante la obra se presentarían infiltraciones de agua dentro del mismo, hasta una tasa aproximada de 80.6 litros por segundo, las cuales con el transcurso del tiempo cesarían o se disminuirían drásticamente.⁵⁷

2) Del mismo estudio elaborado por INGETEC, que explica que dentro de las medidas preventivas y mitigatorias de los efectos nocivos que acarrearía la construcción del referido túnel se preveía el revestimiento total del mismo en concreto, medida que contribuiría a disminuir las filtraciones de agua en su interior.

3) De las manifestaciones de la Sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot, aquí demandada, que en comunicación de 24 de septiembre de 2007, dirigida a INCO, explica que las infiltraciones de agua hacia el interior del túnel pueden corregirse

mediante el recubrimiento total del túnel, de manera que “este actuaría como barrera, impidiendo el paso de las aguas de infiltración y restaurando los depósitos de agua y acuíferos iniciales.”

4) Porque el caudal de las fuentes acuíferas puede verse afectado también por circunstancias ajenas a la construcción del túnel, como son las variables de tipo climático determinadas por épocas de lluvia o de sequía.

5) De otro lado, en comunicación dirigida al Tribunal Superior de Ibagué, durante el trámite de la segunda instancia, la Sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot presenta nuevas pruebas tendientes a demostrar que la denuncia de los demandantes relativa a la carencia de agua en los predios a que se refiere la demanda, carece de fundamento. Dichas pruebas consisten en: a) Un plano topográfico del sector de Serranías del Sumapaz, con el que se pretende demostrar la ubicación exacta del predio Serranías del Sumapaz, así como la existencia dentro del mismo de recursos hídricos provenientes de un manantial o nacedero cuyas coordenadas ahí se indican, así como las de un tanque de almacenamiento del líquido. Con esta prueba se trata de mostrar que dicho predio no sólo tiene agua potable para el consumo básico, sino que también la tiene disponible para el llenado de piscinas y regado de plantas, entre otros. b) Plano del Proyecto General de la Urbanización del Condominio Vacacional Serranías del Sumapaz, en el cual se localiza el actual y único manantial de agua potable existente para el suministro del desarrollo urbanístico, el cual no se ha visto afectado por las obras de la concesión autopista Bogotá Girardot. c) Fotos aéreas que muestran el manantial de agua potable de excelentes condiciones ubicado en la parte alta del predio Serranías de Sumapaz, que suministra el líquido. d) Adicionalmente se adjunta un video que muestra que es tal la cantidad de agua proveniente del nacedero, que el excedente de dicho líquido se pierde, discurriendo hacia el Río Sumapaz. Dicho video exhibe también las obras de captación, conducción y almacenamiento del agua existente en los predios involucrados en la demanda.

1. Tras evaluar las pruebas anteriores y particularmente el video obrante en el expediente, junto con las demás existentes en el plenario, la Sala concluye lo siguiente:

1) No hay duda que la construcción del túnel afectó las fuentes de agua que surtían los predios a que alude la demanda, circunstancia que fue admitida por la propia Sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot, aquí demandada, que en vista de tal situación asumió el aprovisionamiento mediante carro-tanques de los moradores de dichos predios e incluso ofreció “construir un acueducto veredal por medio del cual pueda ser solucionado el problema de abastecimiento.⁵⁸” Tampoco existe duda para la Sala en cuanto a que, para la fecha de la inspección judicial con intervención de peritos, los predios en cuestión carecían de agua potable suficiente para abastecer a las personas naturales que allí residían.

2) La Sala estima que esa situación podría haber sido transitoria y a la fecha encontrarse resuelta, parcialmente resuelta, o en vías de solución definitiva, si se hubieran realizado las obras de revestimiento del túnel previstas en los estudios y los planes de manejo ambiental. Igualmente, estima que la afectación de los niveles acuíferos puede variar según la época del año, siendo mayor en tiempos de sequía que de lluvia. Así mismo, percibe que es posible que ahora los predios mencionados en la demanda estén recibiendo agua proveniente de otros nacederos ubicados en predios colindantes, como sugiere el video allegado al expediente.

3) De esta manera, percibe que la restitución definitiva de las fuentes de agua hasta volúmenes que garanticen permanentemente el derecho fundamental al agua potable no se puede determinar en una sola visita puntual al lugar para efectos de adelantar una diligencia de inspección judicial, ni aún si la misma se lleva a cabo con participación de peritos, pues se trata de un fenómeno que por razones naturales puede demorar en definirse un tiempo largo. Además, percibe que aún en caso de que la afectación del caudal de las aguas sea un fenómeno recurrente o permanente, determinado por la construcción del túnel, la solución técnica a esta situación debe ser determinada por ingenieros especialistas en manejo ambiental.

De esta manera, solamente el monitoreo técnico permanente de la situación durante un tiempo prudencial, aunado a las medidas que de dicho monitoreo los expertos ingenieros concluyan que deben adoptarse, permitirá garantizar una solución definitiva que asegure la vigencia del derecho fundamental al agua potable de las personas residentes en los predios afectados a que alude el presente proceso.

1. Así las cosas, en la parte resolutive de la presente Sentencia se ordenará al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Cartera que en ejercicio de sus competencias consagradas en el Decreto 1220 de 2005 otorgó la licencia ambiental para la construcción de la Autopista Bogotá -Girardot, que integre un comité de seguimiento del presente caso, que en un plazo de seis meses contados a partir de la comunicación de esta providencia debe determinar cuál es la solución permanente para garantizar el suministro definitivo de agua potable a los demandantes residentes en los predios involucrados en la presente demanda.

Esta orden se proferirá teniendo en cuenta no sólo que la mencionada licencia ambiental fue expedida por ese Ministerio, sino también que el mismo, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 33 del citado Decreto 1220 de 2005, ha venido realizando visitas de seguimiento al lugar de ejecución del Túnel del Sumapaz, tal como lo informó la Sociedad Concesión Autopista Norte en la contestación de la demanda. Además, la norma citada impone a ese Ministerio hacer ese tipo de monitoreo ambiental y lo faculta para hacer visitas de seguimiento, según se desprende de su tenor literal, que es el siguiente:

“ARTÍCULO 33. CONTROL Y SEGUIMIENTO. Los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental o Plan de Manejo Ambiental, durante su construcción, operación, desmantelamiento o abandono, son objeto de control y seguimiento por parte de las autoridades ambientales, con el propósito de:

1. Verificar la implementación del Plan de Manejo Ambiental, seguimiento y monitoreo, y de contingencia, así como la eficiencia y eficacia de las medidas de manejo implementadas.
2. Constatar y exigir el cumplimiento de todos los términos, obligaciones y condiciones que se deriven de la licencia ambiental o Plan de Manejo Ambiental.
3. Corroborar cómo es el comportamiento real del medio ambiente y de los recursos naturales frente al desarrollo del proyecto.

En el desarrollo de dicha gestión, la autoridad ambiental podrá realizar entre otras

actividades, visitas al lugar donde se desarrolla el proyecto, hacer requerimientos de información, corroborar técnicamente o a través de pruebas los resultados de los monitoreos realizados por el beneficiario de la licencia.”

1. De otro lado, la Sala ordenará a la sociedad Concesión Autopista Bogotá -Girardot que ejecute las soluciones que el comité designado por el Ministerio dictamine, en los tiempos y con las especificaciones que el mismo indique. Mientras tanto, deberá asegurar el suministro de agua potable a las personas demandantes residentes en los predios involucrados en la demanda, mediante el servicio a través de carro-tanques, si ello fuere necesario a juicio del Ministerio.

La anterior orden se imparte con fundamento en los deberes constitucionales de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, de “(o)brar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”, de “(d)efender... los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica” y de “...velar por la conservación de un ambiente sano” , consignados en el artículo 95 de la Constitución Política; todo teniendo en cuenta que dentro del presente expediente la Sala ha encontrado probado que la afectación de los niveles de agua necesarios para el consumo humano de los residentes de los predios a que se refiere la demanda ha sido producida por causa de la obra adelantada en la zona por cuenta de la sociedad demandada.

También tiene en cuenta la Sala, para efectos de fundamentar la anterior orden, los precedentes jurisprudenciales a que se hizo mención en la consideración del numeral 6.3.1 de la presente sentencia, donde se expusieron los criterios jurisprudenciales conforme a los cuales la acción de tutela procede incluso contra particulares que con su actuar desconocen el derecho fundamental al agua potable de la personas.

Así mismo, aunque la Sala no pretende establecer una posible responsabilidad contractual en cabeza de la sociedad Concesión Autopista Bogotá -Girardot, objeto que es ajeno a la acción de tutela y que en todo caso puede ventilarse a través de las acciones ordinarias previstas en el ordenamiento jurídico, sí toma en consideración los

compromisos adquiridos por esta sociedad en el contrato de concesión GG-040-2004 suscrito entre ella y el Instituto Nacional de Concesiones INCO, en cuya cláusula 38 se estipuló que la sociedad concesionaria debería “cumplir, a su costa y riesgo, con todas las normas constitucionales, legales y reglamentarias actuales y futuras que regulan la protección del medio ambiente y los recursos naturales”⁵⁹, y “cumplir, a su costo y riesgo todas las obligaciones y deberes que emanan de las Licencias ambientales y de los Planes de Manejo ambiental”⁶⁰. Además, esa misma cláusula 38 obliga a la sociedad concesionaria a asumir la responsabilidad, costo y riesgo de las modificaciones de las licencias ambientales y de los planes de manejo ambiental, y de “otras actividades de mitigación o compensación del impacto ambiental” que sean consecuencia del inadecuado manejo ambiental del proyecto por parte del concesionario.⁶¹

Finalmente, la Sala considera que la situación de desabastecimiento de agua potable para consumo humano y doméstico que se ha presentado en los predios a que se refiere el presente proceso no puede en modo alguno justificarse alegando la prevalencia del interés general sobre el particular, como lo sostiene INCO en la contestación de la demanda, toda vez que, si bien es cierto que conforme lo enuncia el artículo 58 de la Constitución, “el interés privado deberá ceder al interés público o social”, éste último no puede lograrse a costa del desconocimiento de derechos fundamentales. Ciertamente, en el modelo que propone la Constitución que nos rige, el Estado sólo puede buscar el bien común dentro de la garantía de los derechos fundamentales. No existe pues una prevalencia absoluta del interés general sobre el particular, pues tal prevalencia no puede obtenerse a costa del sacrificio de tales derechos.

1. LA PRETENSIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA DEMANDANTE

1. Ahora bien, dentro del grupo de demandantes se encuentra una sociedad comercial que adelanta en los predios afectados la construcción de un proyecto turístico, que se ha visto afectado por el fenómeno de la disminución de los recursos acuíferos en dichos predios. Esta sociedad estima que sus derechos fundamentales a la libertad de empresa

y a la subsistencia están siendo vulnerados por las entidades demandadas, por la suspensión del mencionado proyecto debido al aludido problema de aguas y por el incumplimiento subsiguiente a que se ve abocada frente a terceros con quienes ha asumido compromisos contractuales.

Al respecto debe la Sala anticipar que la viabilidad económica de un negocio no constituye per se un derecho fundamental ni de las personas naturales ni de las jurídicas, ni siquiera cuando esta situación implique para la persona jurídica que lo adelanta un riesgo económico de tal envergadura que la aboque a su liquidación, aunque sea causada por la acción injusta de un tercero. La inviabilidad financiera de una empresa comercial o industrial, cuando es causada por la culpa de un tercero, genera unos perjuicios económicos para cuyo resarcimiento la legislación tiene previstos mecanismos de defensa judicial específicos para hacer efectiva la responsabilidad civil contractual o extra contractual correspondiente.

De otro lado, el derecho a la existencia de las personas jurídicas no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los que les garantiza la Constitución. La extinción de la personalidad jurídica de los entes morales a causa de su inviabilidad económica, por agotamiento de sus activos patrimoniales, tiene que ver con la necesidad de asegurar que dicho activo se destinará a cumplir sus responsabilidades frente a terceros. Por ello la Corte ha explicado que “la seguridad del crédito demanda disponer la extinción de las personas morales, por razones puramente patrimoniales -artículo 95 C.P.-”⁶². Y en el mismo sentido, ha agregado:

“... las personas naturales, en cuanto sobreviven a los estados de insolvencia, pueden ser conminadas a la satisfacción total de sus acreencias, y así mismo puede ordenarse la extinción de las personas morales que carezcan de patrimonio, en concordancia con los artículos 95, 332 y 333 del ordenamiento constitucional, conforme con los cuales resulta imperativo respetar el derecho ajeno, y actuar con la responsabilidad que reclama un sistema económico fundado en la libre iniciativa económica y empresarial.”⁶³

1. En cualquier caso, la Sala estima que en la presente oportunidad no hay prueba alguna en el expediente que demuestre el agotamiento de los activos patrimoniales de

la Sociedad Inversiones Interserranías Ltda.- Interser Ltda., de tal manera que sea inminente su liquidación por esa razón legal, derivada en últimas de la afectación de los recursos hídricos en el lugar donde desarrolla un proyecto turístico. Y, de todas maneras, reitera que el diseño constitucional y legal de la acción de amparo no responde al de un proceso que permita establecer dicha situación económica. En tal virtud, en relación con las pretensiones de dicha Sociedad, la presente acción resulta improcedente.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: LEVANTAR la suspensión de términos decretada mediante Auto de febrero veinticuatro (24) de dos mil nueve (2009).

Segundo: REVOCAR la Sentencia proferida el 14 de agosto de 2008, por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que denegó la presente acción de tutela.

Tercero: CONCEDER la presente acción de tutela en cuanto fue interpuesta para la protección del derecho fundamental al agua potable de las personas naturales aquí demandantes. En consecuencia, ORDENAR lo siguiente: (i) Al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, que con fundamento en lo reglado en el artículo 33 del Decreto 1220 de 2005, designe un comité técnico que continúe realizando visitas de seguimiento al lugar de construcción del Túnel del Sumapaz, en la Autopista Bogotá - Girardot, y que en un plazo de seis meses contados a partir de la comunicación de esta providencia, determine cuál es la solución permanente para garantizar el suministro definitivo de agua potable a los demandantes residentes en los predios denominados Finca de San Antonio, hoy Guayabamba, y Rocas de Sumapaz - Parcelación Serranías del Sumapaz-, que consta de veintiún (21) parcelas ubicadas en la Vereda Mosquera del Municipio de Melgar, Departamento del Tolima. (ii) A la Sociedad Concesión Autopista

Bogotá - Girardot S.A., ordenar que ejecute la solución adoptada, en los tiempos y con las especificaciones que el Ministerio dictamine. Mientras tanto, dicha sociedad debe asegurar el suministro de agua potable a las personas demandantes residentes en los predios mencionados, mediante el servicio a través de carro tanques, si ello fuere necesario a juicio del Ministerio.

Cuarto: DECLARAR que en relación con la Sociedad Inversiones Interserranías Ltda.- Interser Ltda- la presente acción de tutela no es procedente.

QUINTO. Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 A la solicitud de tutela se acompaña el estudio denominado "Evaluación, estudio, potencial estabilidad y rendimiento del recurso hídrico del predio", llevado a cabo en el año 2006. Obra en el expediente a folios 79 y siguientes del cuaderno principal.

2 Copia de la actuación judicial relativa a la prueba anticipada que menciona la demanda obra en el expediente a folios 137 y siguientes del cuaderno principal.

- 3 Sentencia T-578 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 4 Sentencia T-523 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 5 M.P. Alfredo Beltrán Sierra
- 6 Cf. Sentencia de 5 de septiembre de 2002; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.
- 7 Copia incompleta de esta decisión obra en el expediente a folios 337 y siguientes del cuaderno principal, faltando la parte resolutive de la Sentencia, por lo cual no es posible conocer el sentido de la decisión.
- 8 Este Auto obra en el expediente a folios 426 y siguientes del cuaderno principal.
- 9 Este Auto es visible al folio 438 del cuaderno principal.
- 10 Ver folio 442 del cuaderno principal.
- 11 Copia del Acta correspondiente a esta reunión se anexa a la contestación de la demanda.
- 12 Sentencia proferida dentro del expediente N° 6334.
- 13 Decreto 1800 de 2003, art. 2°.
- 14 Sentencia T-270 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- 15 El a quo trae a colación las Sentencias T-578 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-523 de 1994, M.P. ídem, T-244 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- 16 El a quo cita en este punto la Sentencia T-411 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 17 El a quo cita la Sentencia T-295 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 18 Inicialmente la sentencia dispuso que este plazo correría a partir de la ejecutoria de

la sentencia. Tras una solicitud de aclaración formulada por los demandantes, la sentencia ordenó que el mismo término corriera a partir de la notificación e la sentencia.

19 La impugnación cita la observación número 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, citada a su vez en la Sentencia impugnada.

20 La impugnación cita aquí la Sentencia T-578 de 1992.

21 El Tribunal cita las sentencias T-578 de 1992 y T-413 de 1995.

22 El Tribunal cita la Sentencia T-578 de 1992.

23 Este Auto obra en el expediente al folio 10 del cuaderno principal de actuación ante la Corte Constitucional.

24 Copia de este contrato obra en el expediente dentro de carpeta blanca plastificada.

25 Estos documentos reposan en el expediente dentro de dos carpetas blancas no plastificadas.

27 Sentencia T-379 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. En esta oportunidad, la Sala de Revisión encontró demostrado que a los habitantes de un conjunto residencial en el kilómetro 17 de la carretera que conduce de Santa Marta a Ciénega se les violó su derecho al suministro de agua potable como condición para preservar y asegurar los derechos fundamentales a la vida y a la salud, en tanto que los propietarios de un predio por donde corrían las aguas del río Toribio, del Canal Nirvana y del llamado ojo de agua del Acueducto Inverhincada, impidieron su normal cauce y afectaron el suministro de agua a los accionantes.

28 En sentencia T-576 de 2005. M.P. Humberto Sierra Porto, la Sala Novena de Revisión negó la tutela porque “en el caso en concreto no están presentes los requisitos de procedencia de la acción de tutela en referencia con la vulneración de derechos colectivos ya que no se logra probar la amenaza o vulneración de derechos fundamentales y por ultimo que las peticionarias contaban con un medio judicial eficaz,

idóneo y diferente a la acción de tutela para la protección sus derechos”

29 Sentencia T-636 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

30 Ver numeral 3 de la contestación de la demanda presentada por la sociedad Concesión Autopista Bogotá- Girardot, concretamente el folio 575 del expediente.

31 Ver ibidem, folio 576 del expediente.

32 La Sala detecta que la quebrada afectada a veces es llamada “La Turbia” y a veces “La Turbina”.

33 Estas entregas, según se desprende de dichos recibos, se hicieron durante los meses de julio de 2007 a marzo de 2008.Ver folios 295 a 321 del expediente.

34 Ver expediente folio 269.

35 Ver folio 154 del expediente.

36 Ibidem

37 Ibidem.

38 Ver folio 156 del expediente.

39 Ver folio 162 del expediente.

40 Ver folios 163 y 164 del expediente

41 Ver folios 165 y 166 del expediente

42 Ver folios 177 a 197 del expediente

43 Ver folio 180 del expediente

44 Ibidem

45 Ver folio 181 del expediente

46 Ibidem

47 Ver folios 182 y 183 del expediente

48 Ver folio 194 del expediente.

49 Ver folio 194 del expediente.

50 Ver folios 194 y 195 del expediente

51 No obstante la claridad de la anterior conclusión, extraída del análisis conjunto de las varias pruebas obrantes en el expediente, debe señalarse que, en contra de lo que la misma Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot admitió en la propia contestación de la demanda, en una comunicación anterior fechada el 16 de noviembre de 2007, dirigida a la señora Gloria Trujillo de Hodapp, puso en duda que la disminución de los caudales acuíferos mencionados tuviera que ver con la construcción del referido túnel. En efecto, en dicha misiva sostuvo que “no es posible deducir que la disminución en los caudales de los nacederos en cuestión se deba directamente a la construcción del Túnel del Sumapaz”. Sin embargo, en esta misma comunicación, manifiesta que “la concesión Autopista Bogotá - Girardot S.A. en cumplimiento de su programa de gestión social ha evaluado la situación presentada en la zona y ante la dificultad que tiene los habitantes del sector para abastecerse de agua potable, ha tomado la decisión de construir un acueducto veredal por medio del cual pueda ser solucionado el problema de abastecimiento.”

52 Estas entregas, según se desprende de dichos recibos, se hicieron durante los meses de julio de 2007 a marzo de 2008. Ver folios 295 a 321 del expediente.

53 Ver folio 181 del expediente

54 Concretamente está probado que los señores Libardo Rico y José de Jesús Guerrero, aquí demandantes, residen en dichos predios. Respecto de las demás personas naturales demandantes, no está establecido que sean ellas quienes residen allí. En cuanto a la señora Gloria de Hodapp, alterna su domicilio entre Bogotá y los predios afectados.

55 Ver Observación 15 de 2002.

56 Cf. Sentencia T-888 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

57 Ver numeral 3 de la contestación de la demanda presentada por la sociedad Concesión Autopista Bogotá- Girardot, concretamente el folio 575 del expediente.

58 Ver comunicación fechada el 16 de noviembre de 2007, dirigida por la sociedad concesión Autopista Bogotá Girardot a la señora Gloria Trujillo de Hodapp, obrante en el expediente al folio 333 del expediente.

59 Ver cláusula 38.1 del contrato.

60 Ver cláusula 38.3 del contrato.

61 Cf. Cláusula 38.10 del contrato.

62 Cf. Sentencia C-263 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

63 Ididem