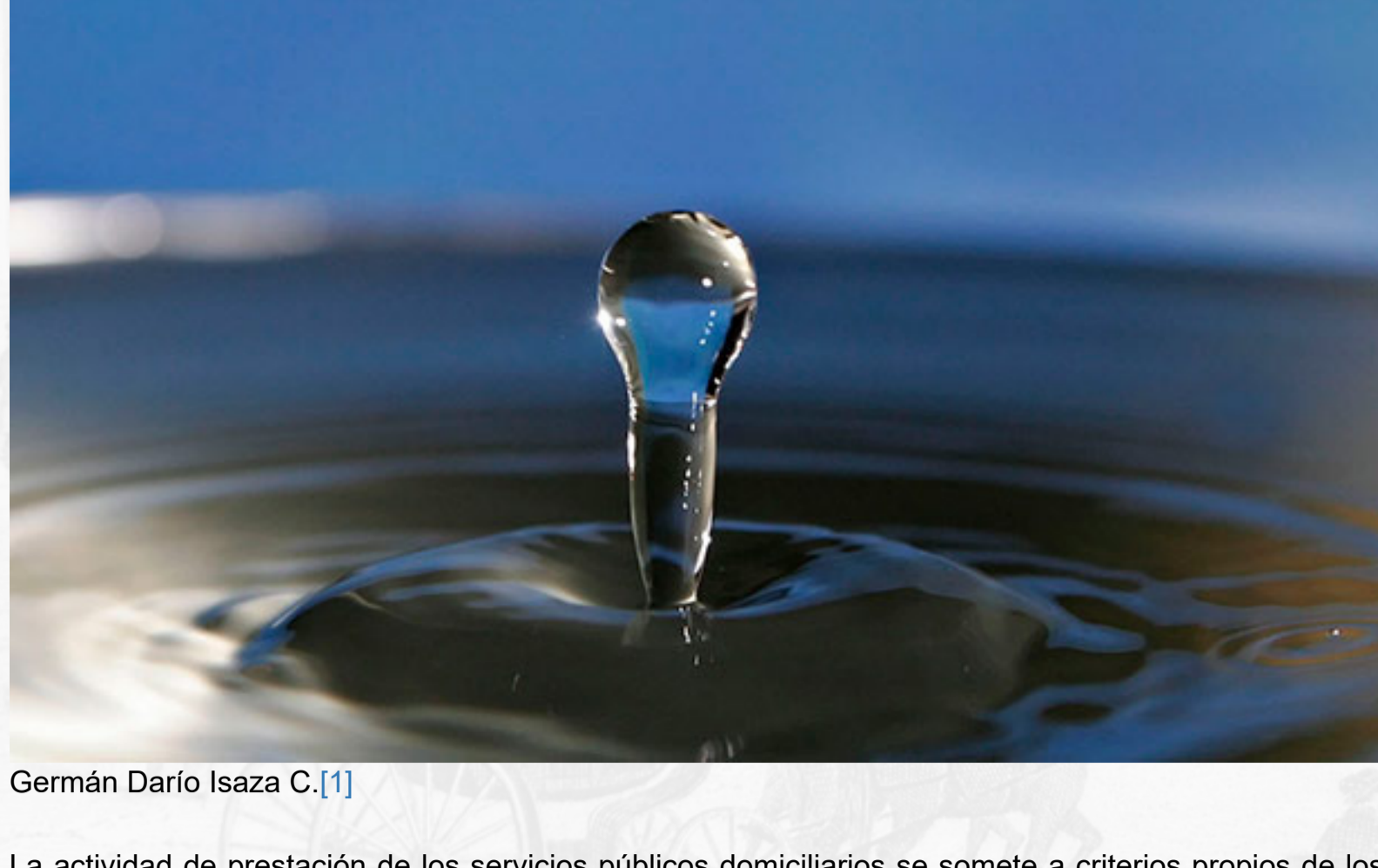


## Es jurídico... Los conceptos de "derecho al agua potable" y "mínimo vital de agua" en el contexto legal de la prestación del servicio de acueducto en Colombia

Germán Darío Isaza C



Germán Darío Isaza C.[1]

La actividad de prestación de los servicios públicos domiciliarios se somete a criterios propios de los actos de un empresario y su desarrollo debe darse en un mercado competitivo, con esquemas de precios que incentiven a los oferentes a lograr niveles de eficiencia cada vez mayores. Postulados como este, que corresponden a la lógica de la teoría económica y constituyen el sustento de la legislación vigente sobre la materia, han sido plasmados por la Corte Constitucional, en sentencias hito como la C-150 de 2003, al sostener que: "(...) Si bien el legislador habría podido definir eficiencia en otros términos, se encuentra dentro de su margen de configuración hacerlo siguiendo teorías económicas sobre la eficiencia en un mercado económico competitivo...". Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha logrado replantear conceptos propios de la prestación del servicio, en aras de defender la Constitución y garantizar el goce efectivo de derechos de orden fundamental, enfrentando postulados del marco legal vigente. Con el propósito de abordar dicho estudio se adelantará el análisis de tres (3) aspectos, así:

1. La no gratuidad de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.
2. Los conceptos de derecho al agua potable y mínimo vital de agua.
3. El carácter vinculante del precedente constitucional y, por último,
4. Conclusiones del tema.

### 1. La no gratuidad de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.



La Ley 142 de 1994 hace especial referencia a los criterios de **eficiencia económica y suficiencia financiera**[2], al definir el régimen tarifario y establecer parámetros base de la metodología de precios que deben implementar los prestadores de estos servicios. Al referirse la norma a la eficiencia económica, plantea una especial comparación con los precios en un mercado competitivo, sosteniendo que las tarifas están llamadas a reflejar los costos económicos del prestador del servicio. La suficiencia financiera, por su parte, responde a la garantía de recuperación de los costos y gastos de operación, y el incremento del patrimonio de los accionistas.

En resumen, solo será eficiente una actividad si la remuneración del comerciante garantiza la recuperación de los costos en que incurre con ocasión a su labor, lo hace cada vez más competitivo y permite remunerar a sus inversionistas de la misma forma que lo haría una empresa en un sector similar. La

mencionada Ley 142 también establece que: "(...) con el fin de cumplir cabalmente con los principios de solidaridad y redistribución no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta Ley para ninguna persona natural o jurídica"[3] (**subrayado fuera de texto**).

La Corte Constitucional también asocia los mencionados criterios al factor de expansión, entendido como la posibilidad de que, en el futuro, más usuarios cuenten con los servicios; lo que coincide con la disposición del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, cuando establece que el Estado está llamado a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios a todos los habitantes del territorio[4].

En este orden de ideas, si no existe un cobro, no hay posibilidad de recuperar los costos en que incurre la empresa ni habrá lugar a la generación de una utilidad razonable para los inversionistas, lo que se traduce en ineficiencia e imposibilidad de expansión del servicio prestado.

### 2. Los conceptos de derecho al agua potable y mínimo vital de agua.

En el ámbito internacional, para el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, encargado de velar por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): *"El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos..."*[5]; por tal razón debe ser catalogado como una garantía esencial que asegure un nivel de vida adecuado[6] a todos los habitantes del planeta. De esta manera, el Pacto fue el instrumento encargado de reconocer la satisfacción de necesidades básicas del hombre como auténticos derechos y fue incorporado al ordenamiento colombiano, a través de la Ley 74 de 1968[7].

En el marco del Pacto, se materializó el concepto de *derecho al agua*, a la luz de la Observación n.º 15 de 2002, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que se refirió al derecho al agua como *"(...) el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico"*.

Para el caso colombiano, el aseguramiento de las condiciones mínimas de acceso al agua ha sido materia de estudio de la Corte Constitucional, superando en este aspecto la normatividad existente en el campo de los servicios públicos domiciliarios. Bajo este supuesto la Corte, desde hace un poco más de 20 años[8], se ha ocupado de definir criterios en relación con el derecho al agua potable, las condiciones de acceso al recurso hídrico y el mínimo vital. En tales eventos, el contenido y alcance de la Ley 142 de 1994, los decretos reglamentarios que la desarrollan y las normas de carácter general expedidas por la CRA[9] no han sido suficientes, situación que ha llevado a los prestadores del servicio público de acueducto a dar cumplimiento a las decisiones judiciales que imponen la garantía de prestación del servicio a determinados usuarios, en aplicación directa del texto constitucional (y no de la ley o las demás normas mencionadas).

En este contexto, la Corte inició con una definición de derecho al agua potable a través de sentencias como la T-578 de 1992, al sostener que: "(...) el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental".

Con el paso del tiempo, dichas decisiones de orden judicial han llegado a desafiar los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera y el postulado de no gratuidad. Un claro ejemplo lo constituye la Sentencia T-725 de 2011, en la que la Corte afirmó que: "(...) Las empresas de servicios públicos domiciliarios deben abstenerse de suspender el servicio en caso de incumplimiento de pago, cuando las personas afectadas por esa medida se encuentren en una situación de vulnerabilidad o indefensión que implique la observancia de un deber especial por parte del Estado y los particulares".

El alto tribunal constitucional ha transformado, incluso, la forma de proveer el servicio público domiciliario de acueducto, cuando sostuvo en Sentencia T-546 de 2009 que: "(...) si el servicio es de aquellos indispensables para garantizar otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la dignidad o la salud; y si por último se dan las condiciones establecidas en la ley para la suspensión, (...) debe cambiarse la forma en que se suministra el servicio y ofrecerle al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso, de agua potable".

En fallos aún más recientes, la Corte Constitucional ha establecido, además, un criterio relacionado con las cantidades mínimas del recurso hídrico, en sentencias como la T-028 de 2014 y la T-790 de 2014, al tomar como volumen razonable de agua el parámetro definido por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que debe estar entre los cincuenta (50) y los cien (100) litros de agua, por persona, por día.

### 3. El carácter vinculante del precedente constitucional.

En todo caso, no puede desconocerse la importancia que reviste la jurisprudencia de orden constitucional, en atención al nivel de jerarquía mayor que ocupan las disposiciones de la Constitución Política. Dado que la doctrina constitucional se desarrolla en protección de las disposiciones de la Carta y en la reiteración de las leyes frente a la misma, constituye fuente obligatoria de derecho, posición que ha sido reiterada a través de sentencias como la C-539 de 2011, al siguiente tenor: "(...) en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta, por eso, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho (...) por expreso mandato constitucional, todas las autoridades públicas en Colombia, incluidas las autoridades administrativas y judiciales, deben acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad...".

En armonía con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional expedida en el marco de los fallos de tutela constituye norma de carácter general; por lo que resulta de obligatorio cumplimiento para todos los casos que respondan a los mismos supuestos de hecho. Al respecto, la mencionada sentencia estableció: "(...) si bien es cierto que la parte resolutoria de una sentencia de tutela tiene efectos inter partes, no puede sostenerse lo mismo respecto de la ratio decidendi, la cual es el fundamento directo e inescindible de la decisión y en cuanto tal constituye una norma que adquiere carácter general, y por tanto su aplicación se convierte en obligatoria para todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, en aras de garantizar el derecho a la igualdad y el debido proceso...".

Este postulado incluye el denominado efecto *inter communes*, en aquellos eventos en los cuales el fallo de tutela está llamado a tener efectos incluso sobre sujetos que no han invocado la acción, pero que se encuentran en condiciones comunes con los que la iniciaron[10]. En palabras de la misma Corte, en el mencionado fallo C-539 de 2011, las sentencias de tutela: "(...) tienen una proyección doctrinal vinculante, en cuanto se trata de interpretar la Constitución misma, lo cual debe tener un efecto multiplicador aplicable a los casos similares o análogos (...) de lo contrario se desvirtuaría su verdadera esencia y se convertiría tan solo en otra instancia de una jurisdicción...".

Así, a través de sentencias como la T-232 de 1993, T-539 de 1993, T-244 de 1994, T-523 de 1994, T-413 de 1995, T-092 de 1995, T-379 de 1995, T-636 de 2002, T-410 de 2003, T-1104 de 2005, T-270 de 2007, T-022 de 2008, T-888 de 2008, T-546 de 2009, T-381 de 2009, T-614 de 2010, T-616 de 2010 y T-717 de 2010, T-725 de 2011, T-312 de 2012, T-496 de 2012, T-764 de 2012 y T-925 de 2012, T-082 de 2013, T-028 de 2014 y T-790 de 2014, entre otras, la Corte Constitucional estableció los parámetros de acceso al recurso hídrico, fijando reglas como las siguientes: i) restricción del carácter fundamental del derecho al agua potable solo en aquellos casos en los cuales se utiliza para el consumo humano; ii) procedencia de la acción de tutela como mecanismo para proteger el derecho al agua potable, que pese a no encontrarse consagrado como derecho fundamental en la Constitución, guarda estrecha relación con derechos de orden fundamental como la vida, la igualdad, la dignidad humana, entre otros; iii) alcance de los términos *continuidad, calidad y accesibilidad* y prohibición de suspensión del servicio de acueducto a sujetos de especial protección por su condición social o de salud, su edad, entre otros; iv) uso y alcance del concepto de *mínimo vital de agua* como una cantidad determinada del líquido que las empresas deben proveer a ciertas personas para satisfacer necesidades básicas.

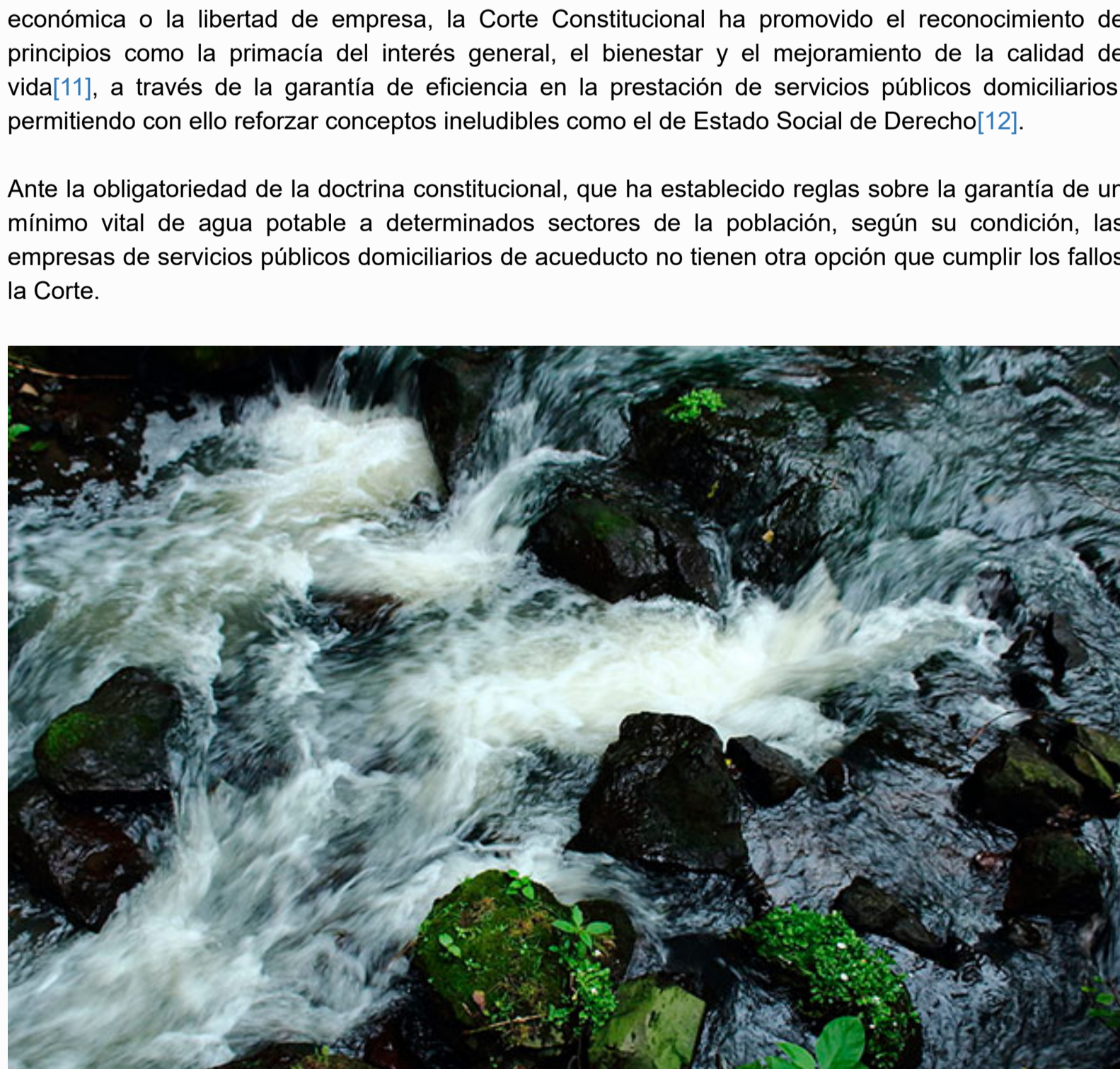
### 4. Conclusiones.

Conforme a lo expuesto, es necesario centrar el análisis de los conceptos de derecho al agua y de mínimo vital en Colombia, en los fallos de tutela expedidos por la Corte Constitucional en el entendido de que la doctrina de esta naturaleza se ha construido a partir de dichos fallos.

A su turno, las manifestaciones de la doctrina constitucional no han buscado otra cosa que hacer cumplir los presupuestos de la Carta y acoger las tendencias de orden constitucional, en relación con la protección de los derechos humanos, incluyendo en el esquema jurídico colombiano disposiciones que no están expresamente contempladas por la ley o la regulación.

Sin embargo, pese a que la Constitución de 1991 se mueve en escenarios como la libre competencia económica o la libertad de empresa, la Corte Constitucional ha promovido el reconocimiento de principios como la primacía del interés general, el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida[11], a través de la garantía de eficiencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios, permitiendo con ello reforzar conceptos ineludibles como el de Estado Social de Derecho[12].

Ante la obligatoriedad de la doctrina constitucional, que ha establecido reglas sobre la garantía de un mínimo vital de agua potable a determinados sectores de la población, según su condición, las empresas de servicios públicos domiciliarios de acueducto no tienen otra opción que cumplir los fallos de la Corte.



[1] Abogado de la Universidad de Caldas, Especialista en Derecho Comercial, en Derecho de la Empresa y Magister en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Asesor de la Gerencia Jurídica de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP.

[2] Me refiero, en particular, a la disposición del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

[3] Numeral 9 Artículo 99 de la Ley 142 de 1994.

[4] **"ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita".

[5] Observación general 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).

[6] Ibidem, numeral 1.

[7] Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966".

[8] Si se tiene en cuenta que, desde sentencias como la T-578 de 1992, esa corporación ha construido toda una posición del agua como un derecho de orden fundamental.

[9] Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- CRA.

[10] "(...) Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando el orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes...". Corte Constitucional. Sentencia SU 1023 de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[11] Sobre el particular, Bernal Pulido, al referirse a la Carta Política del 91, sostuvo que "(...) En esta última se suprimió el monopolio estatal de la prestación de los servicios públicos. Además se buscó que, tanto las empresas públicas como las privadas prestadoras de servicios públicos, ya no estuviesen sujetas a un régimen de derecho público sino de derecho privado, que pudiese el ejercicio de un sistema de libre mercado, libre competencia y protección de los derechos a la libre empresa y a la propiedad privada (...). En estas razones se fundamentó la adopción del nuevo sistema de liberalización de los servicios públicos (...). A pesar de esta circunstancia y como más adelante veremos la Constitución también se inclinó por una tendencia diametralmente opuesta y privilegió la tutela del interés general dentro de la concepción de estado social, de modo que limitó la liberalización de los servicios públicos...". Bernal Pulido, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009. Pág. 179-180.

[12] Concordancia con la Sentencia C-172 del 19 de marzo de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacios.