

INFORME DEFENSORIAL

ACCIONES PARA EL IMPULSO DEL DERECHO HUMANO AL
AGUA EN COLOMBIA.
Una mirada crítica al sector de agua potable y
saneamiento básico.



Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente

ACCIONES PARA EL IMPULSO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN COLOMBIA

Jorge Armando Otálora Gómez
Defensor del Pueblo

Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Vicedefensor del Pueblo

Alfonso Cajiao Cabrera
Secretario General

Claudia Juliana Parra Mendoza
Defensora Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente

Equipo Técnico
Andrés Gómez Rey
Zaida Matilde Navarro Florián
Mayibe Ardila Ariza
Sergio Alejandro Piñeros Lara

El presente texto se puede reproducir, fotocopiar, replicar, total o parcialmente, siempre que se cite la fuente.

Defensoría del Pueblo de Colombia
Calle 55 No. 10-32
Código postal: 110231

www.defensoria.org.co
Apartado aéreo 24299 – Bogotá, D.C.
Teléfonos: 3147300-3144000 Ext. 2324
Bogotá, D.C., Febrero de 2014

ACCIONES PARA EL IMPULSO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN COLOMBIA



Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I.- LOS PROBLEMAS GENERALES DEL SECTOR	9
1. Ausencia de un cuerpo jurídico propio. Multiplicidad de sistemas jurídicos y marcos institucionales.	9
2. Regímenes jurídicos y técnicos no acordes a la realidad del país.	11
3. Ausencia de control y vigilancia de los planes, esquemas o esquemas básicos de ordenamiento territorial.	13
4. Transformación empresarial “de papel”.....	14
5. Ausencia de gerencia técnica y administrativa.	16
6. Destinación inadecuada e irregular de recursos financieros.....	17
7. Ausencia de memoria institucional en el sector público.	20
CAPÍTULO II.- LOS PROBLEMAS POR COMPONENTE DEL DERECHO HUMANO AL AGUA	21
1. Disponibilidad	21
1.1. Trámites ambientales engorrosos y discrecionales.	21
1.2. Tensión entre lo ambiental y los servicios públicos domiciliarios.	23
1.3. Ausencia de contenido conceptual de continuidad mínima.	24
1.4. Mínimo vital indeterminado.	24
2. Accesibilidad	26
2.1. Tiempo en la ejecución de las obras.	27
2.2. Estado de las redes y los sistemas de distribución.	27
2.3. Propiedad de los predios en donde se realizan las captaciones de agua.....	31
2.3. Obras culturalmente adecuadas.	32
2.4. Ausencia de cobro de los servicios.	34
3. Calidad	34
3.1. Procedimientos complicados.	34
3.2. Potabilización, distribución y medición.	35
3.3. La Calidad en si misma.....	36
OBRAS GENERALES	42
LISTADO DE JURISPRUDENCIA	42
SITIOS WEB	43

INTRODUCCIÓN

Nada parece más oportuno que cerrar una primera etapa de investigación del Programa de Seguimiento y Evaluación de las Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos agua (ProSeDHer), con un breve, fotográfico y didáctico documento que muestre las falencias en la garantía y el ejercicio del derecho humano al agua por parte de la población colombiana detectadas desde el 2005 hasta la fecha.



Foto: Municipio de Uribia – departamento de la Guajira.

Años de investigación de esta Defensoría han traído como resultado una serie de referencias documentales que han permitido observar el derecho humano al agua desde diversos puntos de vista, como bien lo pueden ser:

- i) “El derecho humano al agua. En la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales” (2005) que delimita el contenido y alcance a partir de los cuales el Estado debe implementar su accionar para lograr su realización efectiva.
- ii) “Diagnóstico de Cumplimiento del Derecho Humano al Agua en Colombia” (2009), en el que se analizó “la situación en que viven los habitantes de todo el territorio nacional en cuanto al cumplimiento de las obligaciones del Estado para cada uno de los componentes del derecho humano al agua, en su múltiple dimensión de prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, así como en lo ambiental, social y económico.”¹

¹ Texto extraído de su introducción.

iii) “Diagnóstico de la Calidad de Agua para Consumo Humano” (2010), que contiene: (i) un breve análisis de la normativa sobre la vigilancia y el control de la calidad del agua para consumo humano; (ii) la evolución del número de municipios que suministran información al Sistema de Información para la Vigilancia de la Calidad de Agua Potable (SIVICAP), (iii) un análisis del número de muestras sobre la calidad del agua evaluadas en Colombia y el nivel de cumplimiento de la normativa, (iv y v) la diferencia entre la vigilancia de la calidad del agua no tratada y la que recibe un proceso de potabilización. En estos dos capítulos se profundiza en los resultados del cálculo de Índice de Riesgo del Agua para Consumo Humano (IRCA), se detallan los parámetros que más se incumplen y también se utilizan los anteriores datos para ser georreferenciados en el mapa político de Colombia, y (vi) un análisis de los prestadores del servicio de acueducto de acuerdo con la calidad del agua que suministran y las sanciones que se hayan interpuesto.”²

iv) Los veintiséis diagnósticos departamentales donde se realizó un estudio símil al anteriormente nombrado, pero con un enfoque regional.

v) “ABC del Derecho Humano al Agua” (2009), donde con un lenguaje amigable y sencillo se explican las minucias del DHA. Dice la introducción del texto que la misma “tiene el objetivo de promover la cultura de respeto a los derechos humanos, en particular del derecho humano al agua, está diseñada a partir del marco normativo contenido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en especial, la Observación General No. 15 relativa al derecho al agua emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.”

vi) El informe defensorial llamado “Acueductos Comunitarios en la Zona Rural de Ciudad Bolívar” (2011) , en el cual se hizo visible la capacidad de las comunidades para prestar un servicio y cómo, a través de los años, se han organizado para construir alternativas que permitan a la población contar con el abastecimiento de agua, lo cual es indispensable para su desarrollo y para el mejoramiento del bienestar general y la calidad de vida.

vii) “Avances en la Construcción de la Gestión Comunitaria del Agua” (2013) donde se evalúa la posibilidad que poseen los acueductos comunitarios de dar cumplimiento a las normativa de servicios públicos domiciliarios, realizando una serie de recomendaciones encaminadas a una reforma legal que tenga en cuenta sus particularidades. Entre muchas otras.³

Es momento entonces, de realizar un balance del sector de acuerdo con las conclusiones de

² Extraído de su introducción.

³ Para mayor información y examen de las publicaciones, véase la Página Web de la Defensoría: www.defensoria.org.co

las investigaciones realizadas hasta el momento. Para lograrlo se pretende mostrar en un breve texto, técnico y especializado, de alto contenido fotográfico que de fe de las primordiales dificultades que posee el derecho humano al agua en el sector de agua potable y saneamiento básico.

Para lograrlo se ha dividido el texto en dos apartes, el primero de ellos muestra los inconvenientes del sector desde una óptica general y el segundo desde cada uno de los componentes del derecho humano al agua.

La estrategia metodológica utilizada en este escrito parte de la investigación empírica (trabajo de campo como visitas y reuniones⁴) y otra dogmática (desde las fuentes del derecho, como la ley, la doctrina y la jurisprudencia), terminando con la recopilación de las recomendaciones realizadas por la Defensoría.

Una vez expuesto nuestro propósito y advertida su importancia debemos reflexionar sobre las generalidades del derecho humano al agua presentadas en los textos anteriormente descritos.

En la página Web de la Defensoría encontramos que el derecho humano al agua tiene su fundamento en el principio de que nadie puede ser privado de la cantidad suficiente de agua para satisfacer sus necesidades básicas. Se busca así garantizar a cada persona una cantidad mínima de agua o mínimo vital, de buena calidad, pero que sea suficiente para preservar la vida y la salud. Es decir que permita satisfacer necesidades básicas como la alimentación y la bebida, la higiene personal y doméstica, la producción de cultivos de subsistencia y las prácticas culturales. Por ello, el derecho humano al agua no se refiere al consumo que supera la cantidad suficiente para cubrir las necesidades básicas de las personas, como el caso del agua destinada a actividades comerciales, industriales o agrícolas.”⁵

⁴ En el marco del Programa de Seguimiento y Evaluación de las Políticas Públicas con enfoque en Derechos Humanos -ProSeDHer-, esta Delegada se encuentra desarrollado una investigación sobre las 'Acciones para el impulso del Derecho Humano al Agua en Colombia: una mirada al sector agua potable y saneamiento básico' en 10 municipios identificados como vulnerables por sus niveles de necesidades básicas insatisfechas y sus bajos índices de cobertura, calidad y continuidad, los cuales fueron visitados, a saber: Pueblo Bello – Cesar, Uribia – La Guajira, San Juan Nepomuceno (Centro poblado San Cayetano) – Bolívar, El Carmen de Bolívar – Bolívar; María la Baja (Corregimiento Matuya, Vereda la Suprema) –Bolívar, Aracataca, Santa Marta, Pivijay y Ciénaga Magdalena, Cumaribo, Vichada)

⁵ Defensoría del Pueblo. Página Web. http://www.defensoria.org.co/red/?_item=110603&_secc=11&ts=2&hs=1106, consulta del 2 de julio de 2013.

En palabras de la publicación, El Derecho Humano al Agua un Derecho para Todos⁶ su contenido o elementos principales son, la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad. Por disponibilidad se entienden tres cosas: Primero tener la cantidad necesaria de líquido para la supervivencia del ser humano o mínimo vital⁷, segundo, su recibo de manera continua y por último la protección del recurso hídrico mediante políticas y planes que mantengan su pureza.

A su vez, la accesibilidad es el derecho de toda persona a tener a su disposición mediante instalaciones y redes, el agua necesaria para satisfacer sus necesidades, sin discriminación alguna, con información suficiente y de tal manera que sea posible pagar por ella; esto último se conoce como asequibilidad.

Y la calidad⁸ hace referencia a que el agua que se reciba debe ser potable o apta para el consumo humano. Es decir libre de sustancias químicas o microorganismos que puedan afectar la salud y la vida de las personas.



Foto: Municipio de María la Baja – departamento de Bolívar.

⁶ Defensoría del Pueblo. , El Derecho Humano al Agua un Derecho para Todos, 2013.

⁷ "El Estado tiene, entre otras obligaciones las de garantizar y facilitar a todos los habitantes por lo menos la cantidad esencial mínima de agua para satisfacer las necesidades básicas, sin discriminación alguna" DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El ABC del Derecho Humano al Agua. Bogotá. 2009. Página 26.

⁸ La calidad del agua está reglamentada mediante El Decreto 1575 de 2007 y las Resoluciones 2115 de 2007 del Ministerio de la Protección Social y 811 de 2008 de los Ministerios de la Protección Social y del entonces Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

En principio es el Estado⁹ Colombiano¹⁰ quien debe realizar todas las acciones tendientes a garantizar el derecho¹¹. Por ende será quien deba promover y permitir la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad.

Comenzando con nuestra tarea, a continuación veremos algunos de los inconvenientes que presenta el derecho humano al agua en el marco del sector de agua potable y saneamiento básico.

⁹Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-220 de 2011. M.P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

¹⁰ Colombia posee dos tipos de obligaciones primordiales, unas de cumplimiento inmediato y otras de efecto progresivo. Las primeras son exigibles y deben garantizarse en todo tiempo y lugar, y las segundas requieren de un tiempo prudencial para cumplirlas. Son algunas de ellas: la no discriminación, la prohibición de tomar decisiones regresivas e injustificadas en contra de la vigencia del derecho humano al agua y las proteger- que se refiere a la garantía y amparo del derecho frente a terceros-, respetar – o no interferir en el disfrute del derecho- y cumplir –facilitando mediante medidas positivas que permitan el goce del derecho; promoviendo el uso sostenible de las aguas y garantizando mediante ayudas a los grupos desfavorecidos en el organigrama social la entrega al menos el mínimo del líquido que se requiere para la vida digna.

¹¹ Recordemos que la Corte Constitucional en Sentencia T-410 de 2003 indicó que el Estado deberá garantizar a la población el suministro efectivo del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad que exigen la Constitución y la ley.

CAPÍTULO I.-

LOS PROBLEMAS GENERALES DEL SECTOR

El presente acápite expondrá los problemas o inconvenientes generales del derecho humano al agua; para así realizar las correspondientes recomendaciones a los actores del sector.

1. Ausencia de un cuerpo jurídico propio. Multiplicidad de sistemas jurídicos y marcos institucionales.

El Derecho Humano al Agua en Colombia no cuenta con un cuerpo normativo propio para su protección, ejercicio y garantía, por más que la jurisprudencia constitucional ha venido contemplando su contenido y elementos.

Como referencia necesaria se debe recordar que la Sentencia C-220 de 2011¹² de la Corte Constitucional impone al legislador la “obligación de expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes... *“La protección y garantía adecuada de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales constitucionales, bien sean de libertad, bien sean sociales, depende en buena parte de las políticas públicas que, dentro del orden constitucional vigente, sean diseñadas, elaboradas, implementadas, evaluadas y controladas, en un contexto de democracia participativa.” En consecuencia, es una obligación del Legislador expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes (social, económico, político, cultural, etc.), no solamente en el contexto de controversias subjetivas que se sometan a la jurisdicción. Esas leyes deben estar acompañadas de mecanismos administrativos, políticos, económicos y de otra índole que hagan realidad sus cometidos, así como de instrumentos de seguimiento, vigilancia y control de la adecuada actuación de todos los poderes públicos desde una perspectiva de derechos.”*

En cierto modo, aunque no contamos con un cuerpo autónomo, este se ve reflejado en el derecho ambiental, el de los servicios públicos domiciliarios y los distritos de riego. Cada uno imponiendo límites al ejercicio del derecho humano al agua.

A manera de ejemplo, debemos recordar que en los servicios públicos domiciliarios se requiere de capacidad jurídica para ser suscriptor del acueducto (no hay un acceso

¹² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-220 de 2011. M.P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

universal). En el derecho ambiental no hay ayuda alguna que permita disminuir los costos de los servicios de evaluación y seguimiento (no son asequibles). Por último en los distritos de riego el agua no está dispuesta para su consumo sino para actividades agropecuarias.

Pese a lo dicho, cada régimen jurídico posee una institucionalidad diferente lo cual complica su plena garantía. A manera de ejemplo, el derecho ambiental recae sobre las entidades que componen el Sistema Nacional Ambiental como el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible y los Grandes Centros Urbanos de manera general. El de los servicios públicos a su vez comprende el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, los municipios, departamentos y la nación, los prestadores, los suscriptores y usuarios entre otros; y los distritos de riego comparten algunos de los ya descritos y el Ministerio de Agricultura.

El tamaño de cada sector institucional complica la realización de trámites administrativos, quejas, recursos y peticiones que deban adelantar los ciudadanos colombianos. Sin mencionar que cuando los marcos institucionales son sumamente amplios, son poco eficientes.

Consecuencia de lo anterior esta Defensoría está en la obligación de recomendar, se estudie la posibilidad de agrupar el sector en menos entidades. Un ejemplo podría ser para el caso de los servicios públicos domiciliarios unir al regulador con el ente de vigilancia y control.

Con lo propuesto, el derecho humano al agua no contempla claridad alguna al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

Como si fuera poco, encuentra esta Defensoría que cada uno de los regímenes jurídicos descritos tiene como características:

- i) Las normas colombianas no poseen mayor definición o contenido de las figuras que plantean.
- ii) Son cuerpos normativos altamente dispersos y prolíferos, es decir, poseen una innumerable cantidad de normas que complican su estudio y aplicación. Contemplando además grandes contradicciones.

Verbigracia: la Ley 142 de 1994 ha sido reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1641 de 1994, el Decreto Nacional 3087 de 1997, el Decreto Nacional 302 de 2000, el Decreto Nacional 556 de 2000, el Decreto Nacional 421 de 2000, el Decreto Nacional 847 de 2001 y adicionada por la Ley 689 de 2001, a

su vez reglamentada por el Decreto Nacional 1713 de 2002, y el Decreto Nacional 549 de 2007.

- iii) Como si fuera poco, la dispersión normativa genera un conflicto entre las normas del derecho ambiental y de los servicios públicos domiciliarios. Ejemplos de lo anterior, son las disyuntivas que de manera recurrente afrontan las autoridades de control y vigilancia entre la regulación de la prestación del servicio de agua potable y el cumplimiento de la legislación ambiental en torno a la protección de las cuencas hidrográficas.
- iv) Los mecanismos de los regímenes en comento no ofrecen total protección a los elementos del derecho humano al agua. Verbigracia: la accesibilidad física en el derecho de los servicios públicos domiciliarios no se garantiza a toda persona, sino que ella deberá cumplir con algunos requisitos al igual que el bien inmueble que se pretende conectar.

Reflexión que nos lleva a recomendar la aprobación una ley estatutaria que permita la generación de un cuerpo normativo –unidad jurídica- que defina, comprenda y reglamente el ejercicio y garantía del derecho humano al agua; bien sea unificando todas las cuestiones del agua dispersas en los tres regímenes vistos, creando uno nuevo o adicionándolos para que acepten su contenido.

Mientras esto ocurre, se debe recomendar una expresa adaptación de las normas actualmente existentes al derecho humano al agua, asignando competencias a las entidades con este derecho relacionadas.

2. Regímenes jurídicos y técnicos no acordes a la realidad del país.

Sobre este punto encontramos varios aspectos que debemos mencionar brevemente:

- La disciplina jurídica colombiana posee la tendencia a generar cuerpos normativos de acuerdo con las condiciones a las cuales desean llegar los representantes del Estado del momento. En consecuencia, el derecho está llamado a garantizar un “deber ser” o aquello deseado y no aquello de “es”.

Por ende, la mayoría de los valores o contenido axiológico de la ley no regula la realidad sino que desea llegar a otra diseñada por el derecho.

Una muestra de lo dicho se observa en el deseo de regular los servicios públicos domiciliarios en sistemas empresariales olvidando que la ruralidad del país posee diferentes condiciones.

Citando un trabajo realizado por esta Defensoría en el año 2012¹³, “los acueductos comunitarios son: i) producto de la autogestión, ii) compuestas por comunidades campesinas, raizales, etc., iii) integradas por personas con bajos niveles de escolaridad, de capacitación técnica, de acceso a tecnologías de la información iv) prestadores que abarcan grandes extensiones de terreno.

De lo dicho, es posible observar que los acueductos comunitarios que prestan servicios públicos domiciliarios, poseen características y realidades que las hacen particulares y diferentes a otras formas de prestadores. En consecuencia, se requiere para su apoyo y crecimiento un marco especial con el fin de diseñar mecanismos posibles que permitan la garantía y ejercicio del derecho humano al agua. A manera de ejemplo es posible citar la propuesta de política para el sector que plantea que “Con los esquemas regionales de prestación se busca aprovechar los beneficios de la aglomeración de mercados, logrando una mayor eficiencia en el uso de los recursos de capital, humanos y técnicos, que abarquen en lo posible zonas rurales nucleadas”¹⁴

- Otro punto importante puede verse en la reglamentación del sector de agua potable y saneamiento básico, el cual a través del RAS 2000, impone pautas técnicas de los sistemas dedicados a la distribución del agua, los cuales están primordialmente diseñados para el sector urbano, olvidando que es casi incumplible en la zona rural.

Como se ha podido ver, la reglamentación ha olvidado que los sistemas de distribución y recolección de agua y residuos no necesariamente deben ser a través de “tubos” y que hay otras opciones posibles y adecuadas para cada territorio¹⁵.

¹³ Defensoría del Pueblo. Avances en la Construcción de la Gestión Comunitaria del Agua”. 2012.

¹⁴ Palabras de la Política Nacional del Agua, la cual puede verse en: <http://www.minvivienda.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=102&conID=212>, consulta del 15 de octubre de 2012; 20:03.

¹⁵ No hay que olvidar que el territorio nacional es mayormente rural.



Foto: Alta Guajira Colombiana.

Lo cual lleva a recomendar, que el diseño del conjunto de normas y medidas necesarias para la garantía del derecho humano al agua esté directamente relacionada con la realidad del país. Dejando a un lado de esta manera los sistemas axiológicos y deontológicos deseados para Colombia. Mientras tanto, al menos que sean adaptados los mecanismos existentes a la realidad.

3. Ausencia de control y vigilancia de los planes, esquemas o esquemas básicos de ordenamiento territorial.

Uno de los retos del sector es la interrelación que existe entre el abastecimiento de agua, la recolección de residuos líquidos y sólidos; y el ordenamiento territorial.

Piénsese, que cuando una población crece de manera desproporcionada el abastecimiento de agua puede llegar a verse limitado, teniendo en cuenta que la infraestructura (como el tamaño de las redes, capacidad de bombeo y otros) no es ampliada de acuerdo con los incrementos poblacionales.



Foto: Municipio de Uribia – La Guajira.

En consecuencia, que los mecanismos diseñados para controlar el territorio como los planes, esquemas o esquemas básicos de ordenamiento territorial tengan en cuenta la capacidad instalada de los prestadores y aumenten su tamaño de manera coordinada es un punto en lo cual debe avanzar el sector.

Nótese como los inconvenientes suscitados en la capital del país con el suministro de agua en bloque, devienen en su gran mayoría del crecimiento desproporcionado de los municipios aledaños a Bogotá. Otro ejemplo lo podemos encontrar en Uribia (La Guajira) donde tanto la dispersión de los habitantes, como los inconvenientes de crecimiento habitacional sin vigilancia, ha impedido que se reciba agua de manera continua por falta de capacidad de los sistemas.

Situación que se replica en la capital del departamento del Magdalena y otras grandes poblaciones.

4. Transformación empresarial “de papel”.

A través de los artículos 365 y 367 de la Constitución Política de Colombia, el Estado se despojó de la titularidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, permitiendo que las comunidades organizadas y los particulares llevaran también dichas actividades. Conservado claro está, su inspección, vigilancia, control y regulación.

De aquí que, el Estado solo podrá prestar dichos servicios de manera directa en cumplimiento de ciertos requisitos contemplados en la Constitución y la ley¹⁶, cuando no exista ningún otro interesado.

No obstante, plantea la Ley 142 de 1994 que el Estado podrá gestionar la prestación de los servicios a través de la creación de empresas¹⁷ lo cual es comúnmente conocido como “transformación empresarial”. Para lograrla, el concejo del ente territorial respectivo debe autorizar al alcalde para constituir una empresa mediante invitación pública¹⁸ con el fin de vincular socios privados¹⁹.

Todo lo anterior, con el fin de buscar una mayor capacidad técnica y gerencial, una efectividad, eficiencia y eficacia en los servicios, entendiendo que los sistemas empresariales serían los modelos deseados en la nación.

Por esta razón, los municipios han venido creando personas jurídicas diferentes a ellos con el fin de prestar los servicios públicos domiciliarios.

¹⁶ A manera de ejemplo el artículo sexto de la Ley 142 de 1994 contempla que para la prestación directa de los servicios por parte del municipio, este deberá realizar dos invitaciones a otras personas jurídicas para que bien presten los servicios o participen en la constitución de una empresa al municipio. En caso de no presentarse nadie, podrá entonces prestar los servicios de manera directa.

¹⁷ Sociedades por acciones, administraciones públicas cooperativas entre otras. Véase lo dispuesto en los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994.

¹⁸ No se debe olvidar que el Artículo 1.3.5.3. de la Resolución CRA 151 de 2001 modificado por el artículo 2 de la Resolución CRA 242 de 2003 señala que los “Contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes. Se someterán a los procedimientos regulados de que trata esta resolución, para estimular la concurrencia de oferentes: (...) e. Literal modificado por el artículo 2 de la Resolución 242 de 2003. Los que celebren las entidades territoriales y/o las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el fin de que la empresa constituida o transformada asuma total o parcialmente la prestación del servicio respectivo y/o administre los bienes destinados de forma directa y exclusiva a la prestación del mismo y/o los ingresos recaudados vía tarifas...”.

¹⁹ Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO. 27 de mayo de 1999. Radicación número: 1185; ha dicho que es posible vincular como socio cualquier particular incluidas las comunidades organizadas, las juntas de acción comunal, las cooperativas de trabajo asociado, entre otras.

No obstante lo anterior, es común observar que aunque ocurrió la transformación empresarial, el municipio conserva (digamos) el noventa por ciento de las acciones y el diez restante es repartido entre otros socios, teniendo así el ente territorial el control sobre los servicios prestados.

Un ejemplo de ello puede observarse en los municipios de Pueblo Bello en el departamento del Cesar y Uribe, departamento de la Guajira, Pivijay en el departamento del Magdalena, entre muchos otros.

Situación que hace que la transformación empresarial sea “de papel” trayendo como consecuencia que la municipalidad continua encargándose de los servicios, tal y como lo venía haciendo. Lo cual no ha significado ningún cambio en el sector y simplemente fue un trámite más.

Sin embargo, esto ha complicado la identificación de las competencias respecto de la distribución de agua potable a la población ya que el municipio asume todo, impidiendo que la empresa sea autosuficiente, autosostenible y con autonomía administrativa y financiera.

5. Ausencia de gerencia técnica y administrativa.

La idoneidad de los sujetos encargados de la prestación de los servicios públicos domiciliarios es de suma importancia ya que deben contar con los conocimientos necesarios para poder dar cumplimiento al régimen jurídico para ello dispuesto y mantener la eficacia y eficiencia de las actividades que realizan.

En el fondo, se encontró alrededor de la nación que quienes administran los acueductos no conocen las generalidades técnicas y jurídicas que comprenden la materia. Por ende se requiere o bien de la exigencia de conocimientos técnicos y administrativos o en el caso de acueductos sin mayores posibilidades como los comunitarios de un sistema de capacitaciones acordes a sus sistemas culturales.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios identificó como uno de los más importantes factores de éxito de los prestadores este punto. Dijo en su momento que:

“Los casos de éxito señalados en el presente artículo tienen varias cosas en común, dentro de las cuales podemos resaltar que la gerencia técnica y administrativa están en cabeza de personas ampliamente calificadas para desempeñar las funciones asignadas. Son personas idóneas las que pueden apoyar con sus conocimientos técnicos el crecimiento paulatino de los prestadores.

De esta manera, es aconsejable dada la complejidad normativa técnica, financiera y administrativa que, la persona que represente y dirija el acueducto cuenta con conocimientos técnicos y específicos en la materia.

Del estudio realizado a los acueductos rurales de Mundo Nuevo²⁰ y Altavista²¹ se encontró que gran parte del éxito alcanzado se debe a altas calidades que revisten las personas que dirigen dichos prestadores.”²²

No siendo un común denominador en Colombia. Por ende, debemos avanzar en la proliferación del conocimiento necesario para hacerse cargo de los acueductos, generando capacitaciones adecuadas por parte de la institucionalidad del sector.

6. Destinación inadecuada e irregular de recursos financieros.

“Lo que se observa con mucha frecuencia es que dentro del sector de agua potable y saneamiento básico y específicamente cuando se trata de grandes proyectos de inversión para la realización de infraestructura, los más poderosos o con mayor capacidad de influir en la toma de decisiones intervienen en los resultados de los procesos de contratación para hacerse adjudicar obras y servicios que aumentan sus ganancias y que muchas veces no corresponden ni a los mejores precios, ni a las mejores especificaciones técnicas en términos de suministro de bienes.”²³

Reza el informe defensorial sobre la situación que viven los habitantes del centro poblado San Cayetano, en el municipio de San Juan Nepomuceno en el departamento del Bolívar que la comunidad “tiene que comprar agua en galones o almacenarla en tanques en la época de lluvia, ya que la planta que fue diseñada y construida hace más de diez años nunca ha entrado en operación, no obstante, se han invertido cuantiosos recursos en redes e infraestructura, la población aún no cuenta con agua apta para consumo.” Mostrando así un caso en el cual fue construida una importante infraestructura para la aducción, distribución, almacenamiento y tratamiento de las aguas, la cual tuvo un costo de millones de pesos que nunca entró en funcionamiento.

²⁰ Ubicado en la zona rural del Municipio de Pereira, Risaralda, aproximadamente a 15 km. del casco urbano.

²¹ Ubicado en la Zona rural del Municipio de Medellín, Antioquia, aproximadamente a 10 Km. del casco urbano.

²² Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Impacto de la Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia, Una Mirada Desde los Casos Exitosos de Prestadores Menores. Bogotá D.C. 2001. Página 15.

²³ REY, Carla María y HURTADO, Jorge Iván, en el artículo “La Visión Integral de la Gestión del Recurso Hídrico como Herramienta Indispensable para la Lucha contra la Corrupción del Sector Agua” en Gestión Integrada de Recursos Hídricos. Transparencia e integridad. Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2013.

Lo cual muestra que los recursos invertidos no tuvieron el efecto deseado y se han perdido.



Foto: Parte de la infraestructura en cuestión.

Similar situación fue encontrada en el municipio de Cumaribo donde en el año 2009 fue construida una planta de tratamiento de agua potable pero nunca funcionó. Tuvo un costo de \$1.600 millones.





Foto: Cumaribo – Vichada (PTAP)

Desde otra óptica, fue posible observar como los mecanismos financieros del sector extravían los dineros para las obras y otros en trámites administrativos, generando corrupción.

Así las cosas, debemos llamar la atención de los organismos de control y del regulador para que se realice una especial vigilancia de la adecuada destinación de los recursos públicos con el fin de lograr el esperado cumplimiento de las metas del milenio.

Ya que “no se entiende como actualmente en Colombia una de las principales causas de morbilidad y mortalidad infantil se relaciona directamente con el suministro de agua en

condiciones no aptas para el consumo”. Situación que se ve agravada si los esfuerzos Estatales no cumplen su finalidad por presuntos malos manejos de los recursos públicos²⁴.

7. Ausencia de memoria institucional en el sector público.

En los municipios prestadores directos y en aquellas empresas manejadas directamente por los entes territoriales²⁵ se encontró que el cambio de representante legal impedía el crecimiento del prestador por cuanto el nuevo encargado no deseaba saber nada de los planes y políticas del anterior.

Todo esto ocurre con los burgomaestres y representantes que por rencillas políticas e ideológicas no continúan con la ejecución de proyectos antiguos, generando a su vez otros diferentes.

Lo cual ha impedido la culminación de políticas y proyectos necesarios para el impulso del sector, sumando la existencia de periodos institucionales cortos.

Situación que además hace que se pierda la memoria institucional ya que cada representante modifica el personal del prestador, impidiendo la continuidad, capacitación y pertenencia de las personas.

Además de lo anterior, suele ocurrir que los nombramientos de estas categorías de prestadores no dependen de sus capacidades técnicas sino de cuestiones políticas y administrativas ajenas a su idoneidad.

Queja que también fue manifestada por el Gestor del Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento del Magdalena. Informó como ellos realizan capacitaciones a los encargados de la prestación, y por cuestiones políticas cambian al personal, haciendo que el esfuerzo de apoyo y capacitación sea en vano.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Como es el caso de las transformaciones empresariales de papel.

CAPÍTULO II.

LOS PROBLEMAS POR COMPONENTE DEL DERECHO HUMANO AL AGUA.

1. Disponibilidad.

Recordemos que la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas establece que: “la disponibilidad del agua hace referencia al abastecimiento continuo de agua en cantidades suficientes para los usos personales y domésticos. La cantidad disponible de agua debe ser acorde con las necesidades especiales de algunas personas derivadas de sus condiciones de salud, del clima en el que viven y de las condiciones de trabajo, entre otros.”²⁶

1.1. Trámites ambientales engorrosos y discrecionales.

El Profesor Caferatta²⁷ y otros autores nos cuentan como el derecho ambiental es una rama joven dentro de la disciplina jurídica, lo cual lo hace especial y ajeno a la tradición dogmática existente. Por ende encontramos que contempla situaciones novedosas, como bien lo puede ser la discrecionalidad inmersa en sus decisiones.

Evidentemente, el acto administrativo ambiental en su formación depende del juicio de valor de los sujetos que intervienen en su trámite (funcionarios o contratistas de la entidad, terceros intervinientes, solicitantes, y más). Lo cual hace que no se conozca al momento de realizar una petición, el resultado final. A manera de ejemplo, la solicitud de una concesión de aguas superficiales o subterráneas dependerá de la valoración que realicen quienes estudien los aspectos ambientales a ella relacionados.

Por ende, el cumplimiento del particular de los requisitos necesarios para la obtención del permiso, no implica su otorgamiento; siendo así discrecionales en su formación.

Esta discrecionalidad del acto administrativo ambiental, ha traído como consecuencia en ciertas ocasiones, dilaciones injustificadas en los procedimientos, decisiones presuntamente arbitrarias en pro de la defensa del ambiente y situaciones especiales que ameritan un

²⁶ Citado por la Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 089 del 16 de febrero de 2012. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

²⁷ CAFFERATTA, Néstor Citando a Ojeda Mestre, “A, *Introducción al derecho ambiental*”, Instituto Nacional de Ecología, Instituto Nacional de Ecología, Ciudad de México, 2004, P. 246.

estudio aparte sobre las tendencias y comportamiento del derecho de los recursos naturales.

En el caso del sector de agua potable y saneamiento básico encontramos que los prestadores de los servicios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 39 de la Ley 142 de 1994, deberán obtener los permisos ambientales requeridos para su actividad. Así, en el servicio de acueducto se necesita para “producir” el agua, concesiones de aguas (superficiales o subterráneas) o estar inmerso en una reglamentación de corrientes y un plan de uso eficiente y ahorro del agua. Para el servicio de alcantarillado se requiere la obtención del permiso de vertimientos y la aprobación del plan de saneamiento y manejo de vertimientos. El servicio de aseo requiere para su actividad de disposición final, licencia ambiental.

Lo cual al enfrentarse con el sector, encuentra que rara vez²⁸ los prestadores cuentan con los permisos necesarios, a manera de ejemplo puede observarse como Uribia en la Guajira, Pueblo Bello en el Cesar, Aracataca en el Magdalena no cuentan con ellos. Siendo esto apenas un breve muestreo.

Generando pues que en ocasiones:

- Las autoridades ambientales por condiciones técnicas los niegan.
- Las autoridades ambientales demoran sin justificación aparente los trámites para su obtención.
- Los prestadores simplemente no los solicitan.

Teniendo como consecuencia, tensiones entre el régimen de servicios públicos y el derecho ambiental.

Encontró esta Defensoría que al ser el acueducto, el alcantarillado y el aseo una necesidad de la población estos servicios se llevan a cabo con o sin los permisos.

Es prudente acercar tanto a las entidades del SINA, como a las relacionadas con los servicios, para que se tomen medidas que permitan por un lado la protección de los elementos del ambiente y el desarrollo de los servicios públicos domiciliarios.

De otra parte, la discrecionalidad y juventud del derecho ambiental ha convertido sus trámites en cuestiones complicadas, sin que necesariamente apunten a la protección del ambiente.

²⁸ Entre los visitados menos del diez por ciento contaban con los permisos ambientales, bien sea por demora en su aprobación o por no haberlos solicitado.

1.2. Tensión entre lo ambiental y los servicios públicos domiciliarios.

Para ejemplificar este aparte, pongamos como casos:

- a) La orden de suspensión de actividades del vertimiento que se le realiza a un prestador del servicio público domiciliario de alcantarillado por parte de una autoridad ambiental, derivado del incumplimiento de variables de protección y manejo de los recursos naturales.
- b) El cierre de un relleno sanitario por no cumplir con lo dispuesto en la licencia ambiental.

En estos casos, se observó que no existe una pronta solución sin que, o se afecte al ambiente o se afecten los servicios públicos. Alguno de los dos regímenes deberá ceder.

Es decir, “Los servicios públicos domiciliarios y el medio ambiente hacen parte de los llamados fines del estado y se encuentran consagrados como derechos colectivos y fundamentales en conexidad; sin embargo, los dos conceptos no se encuentran en la misma dirección y por ende entran en tensión. Verbigracia: Supongamos que la Empresa Industrial y Comercial del Estado, Aguas del Tarrito presta el servicio público domiciliario de alcantarillado en el municipio del Charco – Nariño; en este sentido se deshace de los residuos líquidos a través de un vertimiento puntual en la quebrada La Gota, sin contar con las condiciones técnicas para realizarlo y el respectivo permiso ambiental. Así las cosas, piénsese a la autoridad ambiental ordenando la suspensión de actividades²⁹ actuando con plena observancia del principio de legalidad³⁰; pero generando mayores problemas de salubridad pública³¹, es decir, al ser una necesidad realizar el vertimiento, se incumplen los requisitos técnicos y jurídicos ambientales teniendo como consecuencias contaminación de las aguas.

Por ende la articulación de los dos regímenes, la vigilancia previa del cumplimiento de las normas ambientales y la eficacia que sobre ellas deban tener los prestadores de los servicios públicos es un gran reto del sector.

²⁹ Como el caso suscitado con la Resolución 026 de 2010 entre la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR y el la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en donde la primera impuso medida preventiva de suspensión de actividades de captación de aguas superficiales.

³⁰ Artículo 121 de la Constitución Política de Colombia de 1991: “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”

³¹ RODRIGUEZ. Gloria Amparo, LOZANO, Carlos y GÓMEZ REY, Andrés. La Protección Jurídica del Agua en Colombia. Grupo Editorial Ibáñez. 2011.

1.3. Ausencia de contenido conceptual de continuidad mínima.

Esta Defensoría ha sostenido que el régimen de servicios públicos establece que el agua deberá ser recibida las 24 horas del día, los siete días de la semana. Es decir, a lo largo del articulado de la Ley 142 de 1994 no existe excepción alguna para la interrupción o no continuidad en la prestación, lo cual implica que la capacidad del prestador en caso de ser insuficiente deberá ser aumentada. Sin embargo, el artículo 139 ibídem, contempla que en caso de requerirse suspender el servicio por motivos de reparación o mantenimiento, el prestador deberá avisar y comunicar por medios de amplia circulación a sus usuarios so pena configurar la falla³² en el servicio que acarrea la responsabilidad del caso por los perjuicios ocasionados.

No obstante lo anterior, cuando por fuerza mayor o caso fortuito se vea amenazada la continuidad, se deberán poner en marcha soluciones y acciones alternativas para garantizar el derecho y por ende el acceso al agua apta para consumo humano.

Sin embargo, el artículo 139 ibídem, contempla que en caso de requerirse suspender el servicio por motivos de reparación o mantenimiento, el prestador deberá avisar y comunicar por medios de amplia circulación a sus usuarios so pena configurar la falla³³ en el servicio que acarrea la responsabilidad del caso por lo perjuicios ocasionados.

Al realizar en el año 2013 visitas a diez municipios de Colombia encontramos que ninguno posee una continuidad de acuerdo a lo ordenado por la Ley 142 de 1994. Por consiguiente, encontramos que no existe un escrito cumplimiento a la continuidad presentada por la ley de servicios públicos.

Aparece entonces como prioridad definir desde el sector y teniendo en cuenta las características del derecho humano al agua, cual puede ser la continuidad mínima necesaria para el abastecimiento de agua que permita su pleno ejercicio. Es decir, que garantice el abastecimiento de agua requerida para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. Al igual que disminuir el término de falla en el servicio de quince días ya que este puede afectar seriamente la salud y vida de las personas.

1.4. Mínimo vital indeterminado.

³² Artículo 147 de la Ley 142 de 1994.

³³ Artículo 147 de la Ley 142 de 1994.

La Corte Constitucional ha insistido en que para garantizar la salud y la vida de las personas, estas deberán contar con una cantidad básica o mínima de agua para su supervivencia. Disponer y acceder a cantidades suficientes de agua potable supone un derecho fundamental³⁴.

El alto tribunal dijo en su momento “las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben procurar que los esenciales, como el agua potable, lleguen a los usuarios en las cantidades necesarias³⁵ .

En este sentido ha creado reglas bajo las cuales, el procedimiento de suspensión y corte de los servicios no podrá realizarse por falta de pago y en cambio se deberá mantener el servicio en condiciones que permitan el sostenimiento de la vida –cantidad mínima de agua-, cuando se trate de personas de especial protección que no tienen los medios económicos para cancelar los costos derivados de la prestación.”

Desafortunadamente, no se encuentra en el régimen de los servicios públicos domiciliarios definición alguna sobre: a) la cantidad suficiente de agua apta para el consumo humano que requiere cada persona a fin de satisfacer sus necesidades básicas (mínimo vital), como b) la persona que va a asumir directamente su costo.

Figuras que son una realidad ya que la Corte Constitucional³⁶ ha establecido que aunque la suspensión del servicio por no pago proceda, el prestador deberá mantener el servicio, no en las condiciones habituales, sino únicamente para garantizar el acceso al agua apta para consumo humano suficiente para mantener la vida en condiciones dignas, cuando:

- El incumplimiento es involuntario u obedece a una fuerza insuperable.
- Se trate de personas que merecen una especial protección constitucional como adultos mayores, los niños, los padres y madres cabeza de familia, los que hacen parte del SISBEN 1, aquellos que poseen discapacidades físicas o mentales, los pueblos

³⁴ Véase: i) CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-717 de 2010. M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. ii) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 888 de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. iii) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546 de 2009. M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 915 de 2009. M.P.: NILSON PINILLA PINILLA.

³⁶ Véase entre otras: a) Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 915 de 2009. M.P.: NILSON PINILLA PINILLA. b) Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-717 de 2010. M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. c) Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-143 de 2010. M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. d) Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-418 de 2010. M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. e) Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-. 279 de 2011. M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA y otras. Para mayor información puede acudirse la a relatoría de la Corte Constitucional que se puede encontrar en internet.

indígenas, entre otros.

- Que el servicio sea de aquellos indispensables para garantizar otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la dignidad o la salud.
- Que tenga como consecuencia directa, para él, un “desconocimiento de sus derechos constitucionales”.
- Que el usuario no haya satisfecho su necesidad de abastecimiento de agua mediante mecanismos ilícitos, como bien lo pueden ser las conexiones fraudulentas.
- El usuario informe al prestador que cumple con estos requisitos.

Así, es importante que sea definida la cantidad de agua que constituye el mínimo vital y las reglas para su acceso. No obstante la Corte ha manifestado que “si bien incumbe a cada país determinar el volumen mínimo razonable de agua necesaria para satisfacer los usos personales y domésticos, las cifras suministradas en las publicaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) pueden servir de orientación útil. Por consiguiente, se necesitan entre 50 y 100 litros de agua por persona por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades de salud. El umbral de 25 litros por persona por día representa el nivel mínimo para mantener la vida, pero esta cantidad plantea problemas de salud, ya que es insuficiente para atender las necesidades de higiene básica y consumo. En los casos de emergencia, tales como desastres naturales, conflictos o situaciones después de los conflictos, el Manual del Proyecto Esfera sugiere un abastecimiento básico de 7,5 a 15 litros mínimos por persona y por día, ya que puede no haber suficiente agua disponible para atender a todos los usos personales y domésticos. Estas diversas cantidades son indicativas, ya que pueden cambiar con arreglo a un contexto en particular, y pueden diferir en el caso de algunos grupos, debido a su estado de salud, trabajo, condiciones climáticas, exigencias culturales u otros factores”. Estableciendo en últimas cincuenta litros de agua como cantidad mínima necesaria³⁷.

2. Accesibilidad.

Afirma la Corte Constitucional que “la accesibilidad y la asequibilidad tienen que ver con (i) la posibilidad de acceder al agua sin discriminación alguna, (ii) con la obligación de remover cualquier barrera física o económica que impide el acceso al agua, especialmente de los más pobres y los grupos históricamente marginados, y (iii) con el acceso a información relevante sobre cuestiones de agua. Finalmente, la aceptabilidad hace referencia a la necesidad de que las instalaciones y los servicios de provisión de agua sean culturalmente

³⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 740 de 2011. M.P: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

apropiados y sensibles a cuestiones de género, intimidad, etc. Estos contenidos implican entonces tanto obligaciones positivas –y complejas- como negativas para el Estado.”³⁸ Veamos entonces sus dificultades:

2.1. Tiempo en la ejecución de las obras.

La reflexión sobre este particular no será extensa. Simplemente diremos que la ejecución de las obras necesarias para prestar los servicios de acueducto y alcantarillado debido a su complejidad son demoradas, a lo cual se debe sumar la ausencia de dinamismo de la contratación estatal, y la necesidad de contar con diagnósticos, estudios previos y otros mecanismos que alargan los tiempos de construcción.

Lo cual se traduce en tiempo en el cual los habitantes del territorio colombiano no cuentan con los servicios.

Por último, debemos manifestar que los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento Básico han venido avanzando lentamente y aun no se ven las obras en su fase final.

Por ende la creación de mecanismos especiales ágiles y certeros de contratación, diagnóstico, ejecución y otros, es un reto del sector, teniendo en cuenta las posibles afectaciones que esto puede generar en la población.

2.2. Estado de las redes y los sistemas de distribución.

Las redes que comprenden los sistemas para el abastecimiento de agua, así como las de alcantarillado poseen dos fuentes primordiales de financiación para su mantenimiento, expansión y reposición.

³⁸ Citado por la Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 089 del 16 de febrero de 2012. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



Foto: Municipio de Cumaribo.

La primera de ellas proviene del principio llamado a que los prestadores recuperen los costos de operación, administración e inversión en los que incurren a través del cobro de los servicios de acuerdo a la metodología tarifaria vigente expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Así pues, la Resolución CRA 287 de 2004 prevé dentro de su estructura, la recuperación de los costos de operación e inversión incluyendo la expansión, reposición y mantenimiento de las redes del sistema.

Por tal razón, el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 señala que es obligación de los prestadores efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, lo cual confirma el artículo 153 ibídem donde se ordena a los prestadores realizar labores de reposición y manteniendo necesarias para garantizar la efectiva prestación del servicio.

Sobre el punto, encuentra esta Defensoría que no es un común denominador que los prestadores asuman el cumplimiento estricto a esta obligación. Mas aun, en casos como el del municipio de San Sebastián de Mariquita, el prestador considera que como en el contrato de operación de los servicios no quedó dicha obligación no lo debe hacer. La Gobernación del Tolima manifestó que la empresa Espumas SA. ESP. , es la llamada a realizar las inversiones para el mantenimiento y conservación tanto de las redes de

acueducto y alcantarillado, como del sistema de tratamiento de agua potable PTAP en el municipio de San Sebastián de Mariquita, no obstante señaló que el contrato con el municipio “tuvo una serie de amaños eximiendo a la empresa Espumas SA. ESP. de la responsabilidad con la infraestructura existente y que evidencia no encontrarse comprometida con la sostenibilidad de la infraestructura física que cada día se deteriora más, solo en momentos de emergencia (ola invernal y/o manifestaciones de la comunidad), requiere de las entidades públicas para acomodarse en la prestación de servicios³⁹”. A su vez la EDAT SA. ESP. cuestiona que las inversiones que realice la administración departamental deban entregarse a la empresa.

La segunda fuente de financiación para mantener las redes en óptimo estado proviene del Sistema General de Participaciones (Ley 1176 de 2007) donde se establece una destinación específica porcentual de los dineros en el sector de agua potable y saneamiento básico.

Reza “como administrador de los recursos, los municipios, destinarán los mismos a la financiación de las siguientes actividades: ... e) Construcción, ampliación, optimización y mejoramiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado, e inversión para la prestación del servicio público de aseo.”

Aunque, dichos dineros serán dispuestos bien sea en los proyectos previstos en los planes de desarrollo o en los planes de inversión⁴⁰ de los prestadores de forma discrecional. Será entonces el municipio como garante de la prestación quien defina su destinación.

También se encontró en el estudio realizado que la función de aseguramiento descrita en el artículo 5 de la Ley 142 de 1994, posee grandes falencias ya que existen muchas zonas del país sin servicio alguno. A manera de ejemplo el informe de visita del Corregimiento de la Suprema del Municipio de María describe así la situación:

“Acceso al agua en la comunidad de La Suprema

La comunidad de La Suprema no cuenta con un suministro de agua potable, tienen que autoabastecerse y para ello toman el agua de las siguientes fuentes:

³⁹ Gobernación del Tolima, EDAT SA. ESP. Oficio de respuesta radicado No. 70202 del 03 de septiembre de 2012.

⁴⁰ tales como los planes maestros de acueducto y alcantarillado, los planes de desarrollo establecidos en los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo y los planes de inversiones de acuerdo con la metodología establecida en la Resolución CRA 287 de 2004.

El caserío de La Suprema está rodeado de agua, ya que a escasos tres metros de las viviendas se encuentran los canales del distrito de riego, que son utilizados para satisfacer las necesidades de higiene personal y doméstica y a otros diez metros se encuentra la planta de tratamiento de agua de María La Baja. El agua puede durar almacenada tres semanas o más, expuesta a factores contaminantes del ambiente como polvo, insectos, animales y es consumida por los niños, adultos mayores y comunidad en general, directamente de los recipientes y no tiene ningún proceso de purificación, tampoco es hervida.”



Foto: la Suprema, Municipio de María la Baja

2.3. Propiedad de los predios en donde se realizan las captaciones de agua.

Un común denominador en la prestación del servicio de agua potable, es que las instalaciones (principalmente las de captación) se encuentran ubicadas en terrenos que pertenecen a terceros, que de acuerdo con sus condiciones personales, algunas veces impiden el ingreso al personal del prestador o generan conflictos.

En Pueblo Bello Cesar, las obras de captación del prestador de la cabecera municipal se encuentran en terrenos de un miembro de la comunidad Wayú, quien no permite realizar mantenimiento a las instalaciones, exigiendo a su vez sumas de dinero por su utilización.

Como si fuera poco, la autoridad ambiental de la región no otorga la concesión necesaria hasta tanto se dé solución a este inconveniente. Olvidando que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1541 de 1978⁴¹, es posible solicitar concesiones para captar las aguas sobre un predio que no sea de propiedad del potencial beneficiario⁴² e imponer servidumbres administrativas.

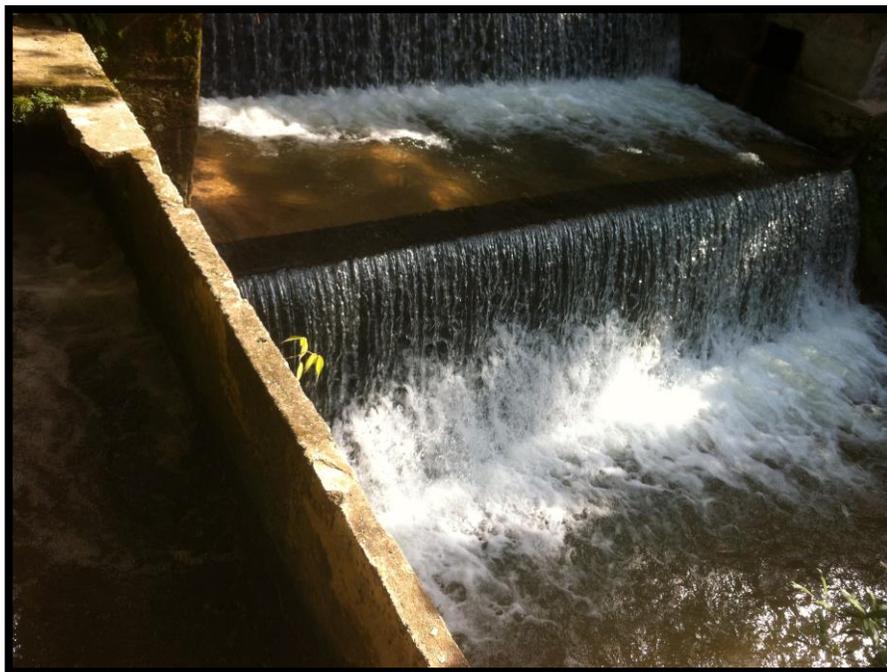


Foto: Obras de captación, Pueblo Bello – Cesar.

⁴¹ Por el cual se reglamenta la Parte III del Libro II del Decreto-Ley 2811 de 1974: "De las aguas no marítimas" y parcialmente la Ley 23 de 1973.

⁴² No obstante, las autoridades ambientales no siempre otorgan los permisos para captar las aguas en inmueble de propiedad de terceros o "ajeno"; más aun cuando se trata de pozos subterráneos.

En el marco los talleres realizados por la Defensoría en el año 2012, representantes de los acueductos comunitarios señalaron, que algunos predios son de propiedad de personas con vínculos de los carteles de droga, mafias, grupos armados al margen de la ley u otros, con quienes es muy difícil llegar a un acuerdo para el uso de una servidumbre formal o informal, o bien para la construcción o mantenimiento de la infraestructura.

2.3. Obras culturalmente adecuadas.

En el municipio de Pueblo Bello en el departamento del Cesar, contaron como la municipalidad dispuso la construcción de una planta de potabilización de las aguas para una comunidad indígena. Al ser entregada la misma a la comunidad, como esta desconocía la forma de utilizarla, la dispuso para la cría de gallinas.



Foto: Pueblo Bello – Cesar.

Lo cual es un claro ejemplo de lo que ha venido ocurriendo en muchos lugares de nuestro territorio.

Las obras y los sistemas que comprenden los servicios públicos domiciliarios son complejos y requieren de cierto grado de conocimiento para su operación. Por ende, es recomendable se adelanten capacitaciones a las comunidades para entregar las obras o se realicen construcciones culturalmente adecuadas para su correcto funcionamiento.



Foto: Municipio de Pueblo Bello, departamento del Cesar.

Otro ejemplo informó el Gestor del PDA del Magdalena, quien manifestó que entregó unas obras en el Municipio de Tenerife, y por ausencia de capacidad técnica y otras, se han venido deteriorando. Entonces, por más que el gobierno realice grandes esfuerzos por la construcción de redes e infraestructura, si no existe la opción de mantenimiento y operación adecuada, la misma no tendrá el efecto deseado.

2.4. Ausencia de cobro de los servicios.

En la investigación realizada se pudo encontrar que el cobro del servicio público domiciliario de acueducto en su mayoría no es cobrado de acuerdo a la metodología tarifaria diseñada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) o es gratuito.

Manifestaron parte de los encargados de los servicios que esto se debe a:

- La limitada capacidad de pago de los usuarios.
- Los costos políticos de cobrar los servicios.
- La complejidad de la metodología tarifaria.
- La imposibilidad de cobrar por un servicio deficiente.

Trayendo entonces como consecuencia la imposibilidad de mejorar la prestación por falta de recursos.

3. Calidad.

La Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas establece que: “la exigencia de calidad del agua se relaciona con la salubridad del recurso, es decir, el agua disponible no debe contener micro organismos o sustancias químicas o de otra naturaleza que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas.”⁴³ Veamos los inconvenientes que presenta el sector:

3.1. Procedimientos complicados.

Esta defensoría ha sostenido que desde el punto de vista de los servicios públicos domiciliarios es una obligación de todo prestador distribuir agua apta para el consumo humano, para lo cual deberán garantizar el tratamiento químico o método necesario que logre dicho fin. En caso de no cumplir con esta obligación, será sancionado.

Para conocer si los prestadores están dando cumplimiento la obligación de distribuir agua de calidad, el Estado diseñó un indicador, en el cual se suma el valor numérico asignado a cada componente fisicoquímico o microbiológico que esté presente en las aguas, obteniendo el llamado índice que riesgo de calidad de agua –IRCA-, a saber: sin riesgo de

⁴³ Citado por la Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 089 del 16 de febrero de 2012. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

cero a cinco, bajo de 5.1 a 14, medio de 14.1 a 35, alto de 35.1 a 80 e inviable sanitariamente de 80.1 a 100.

Para poder calcularlo, los prestadores en acuerdo con las autoridades sanitarias, deberán seguir estos pasos: * concertar la ubicación de los puntos de muestreo en la red de distribución⁴⁴ – de lo cual deberá existir un acta-. * Un vez esto ocurra los prestadores deberán construir las cajillas de muestreo y presentarlas ante la autoridad sanitaria –de lo cual deberá haber un acta llamada de materialización-. * Los dos deberán realizar la toma de muestras con la frecuencia exigida en la ley, para verificar el nivel de IRCA; las cuales deberán tener los parámetros que establece el marco normativo de calidad de agua y no menos.

Una vez todo esto ocurra, los resultados deben ser reportados por la autoridad sanitaria al Instituto Nacional de Salud, quien en últimas lo consolida y lo envía a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través del Subsistema de Información de Vigilancia de la Calidad del Agua para Consumo Humano –SIVICAP-; quien podrá sancionar a los prestadores que no suministren agua apta para el consumo humano⁴⁵.

En caso de no cumplirse con la concertación, materialización, toma de muestras en red (no intradomiciliarios y que valoren los parámetros mínimos) la información sobre la calidad del agua no será válida y por ende las entidades de vigilancia y control no podrán realizar acciones para su mejora.

Así pues, el camino diseñado para que la información sobre calidad del agua sea oficial es engorroso, lo cual premia a aquellos prestadores que no cumplen con los pasos antes descritos. De tal manera realizar la simplificación de los mismos es vital en aras de lograr la garantía de este importante componente.

3.2. Potabilización, distribución y medición.

La calidad del agua puede verse afectada por diversos factores, los cuales no son tenidos en cuenta en los diagnósticos generales realizados por las entidades del sector.

⁴⁴ Los puntos siempre deberán estar en la red de distribución y no al interior de los domicilios ya que de la acometida hacia su interior es de propiedad y mantenimiento de lo usuarios, lo cual puede reflejar resultados inexactos al cuidado y manejo que el prestador de a sus redes.

⁴⁵ No obstante, en caso de no cumplirse todos y cada uno de los pasos en cita, la información estará incompleta y por tanto la Superservicios no iniciará procedimientos sancionatorios administrativos por ausencia de pruebas. Diseño normativo que impide el crecimiento del sector en calidad.

A manera de ejemplo puede verse que:

- a) Cuando la potabilización es la adecuada, el estado de las redes puede afectarla.
- b) Cuando las muestras son intradomiciliarios la calidad puede verse afectada por la ausencia de mantenimiento de la red interna.
- c) Rencillas entre el prestador y las secretarías de salud pueden hacer subjetivas las mediciones.
- d) la medición de la calidad se afecta si se realiza por municipio, incluyendo todos sus prestadores, o solo teniendo en cuenta la ruralidad y así sucesivamente.

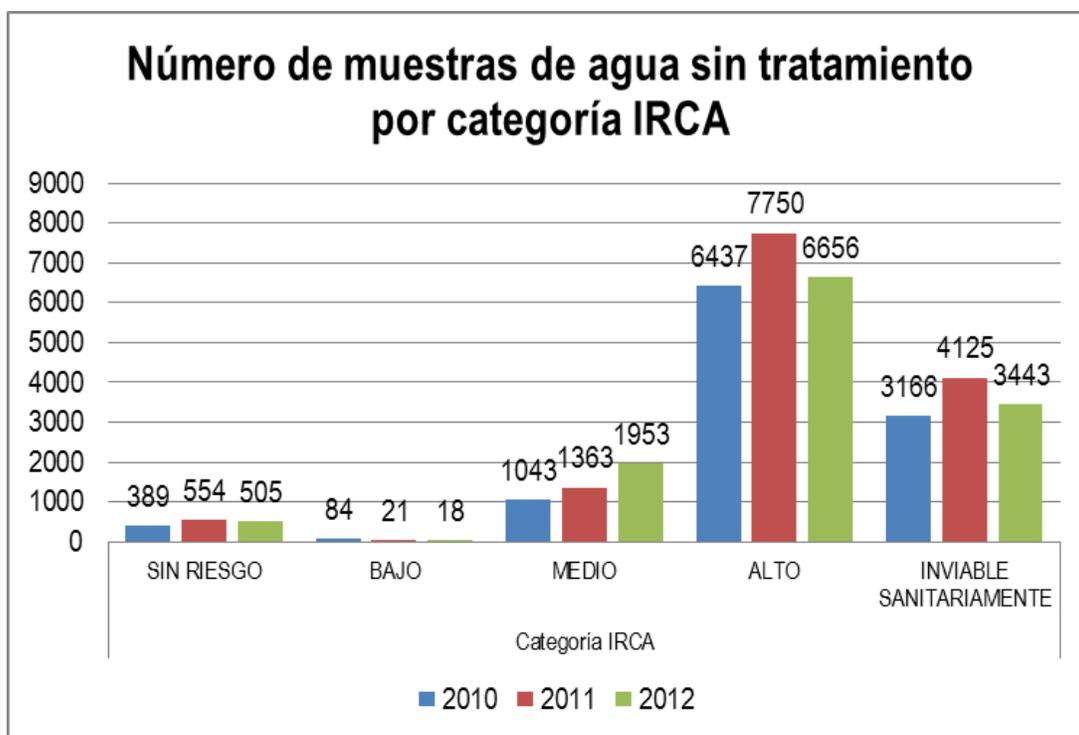
Y otras variables no tenidas en cuenta en el Índice de Calidad de Agua para Consumo Humano. En este sentido se debe recomendar realizar una revisión de la reglamentación con el fin de buscar la captura adecuada de información y la generación de una metodología clara para el diagnóstico nacional de calidad del agua que contemple el derecho humano, los aspectos de salud y los servicios públicos domiciliarios en las cabeceras, en la ruralidad, en la totalidad del municipio y así sucesivamente.

3.3. La Calidad en si misma.

La situación sobre la calidad de agua que reciben los colombianos no es del todo esperanzadora. Se establecerá en este aparte los persistentes riesgos de la distribución de agua cruda (sin tratamiento de potabilización); no obstante, se ha observado que desde la aplicación de la nueva normatividad ha mejorado la cantidad y calidad de la información sobre la vigilancia de la calidad del agua, así como ciertas mejorías en la calidad del agua.

En la gráfica que presenta a continuación se analiza el comportamiento en la categorización de los resultados de la evaluación de muestras de agua que no tuvieron procesos de potabilización durante el periodo 2010 a 2012, teniendo como resultado que para el año 2010, existieron en el país 3.166 muestras en categoría de riesgo para la salud humana "inviabile sanitariamente". Para el año 2011 se hallaron 4.125 en este nivel, un aumento casi del 30%, y finalmente en el 2012 fueron 3.443, lo que significaría una reducción del 16% de muestras inviables. Ahora bien, si tuviésemos en cuenta también las muestras en riesgo alto junto con las inviables sanitariamente, en promedio para los tres años el 84% de las muestras de cada uno de los años se encuentran en estas categorías.

Claramente el panorama es desalentador, ya que como se observa en la tabla los mayores resultados están enmarcados en los riesgos altos e inviablemente sanitario. Dejemos que la gráfica hable por si sola.



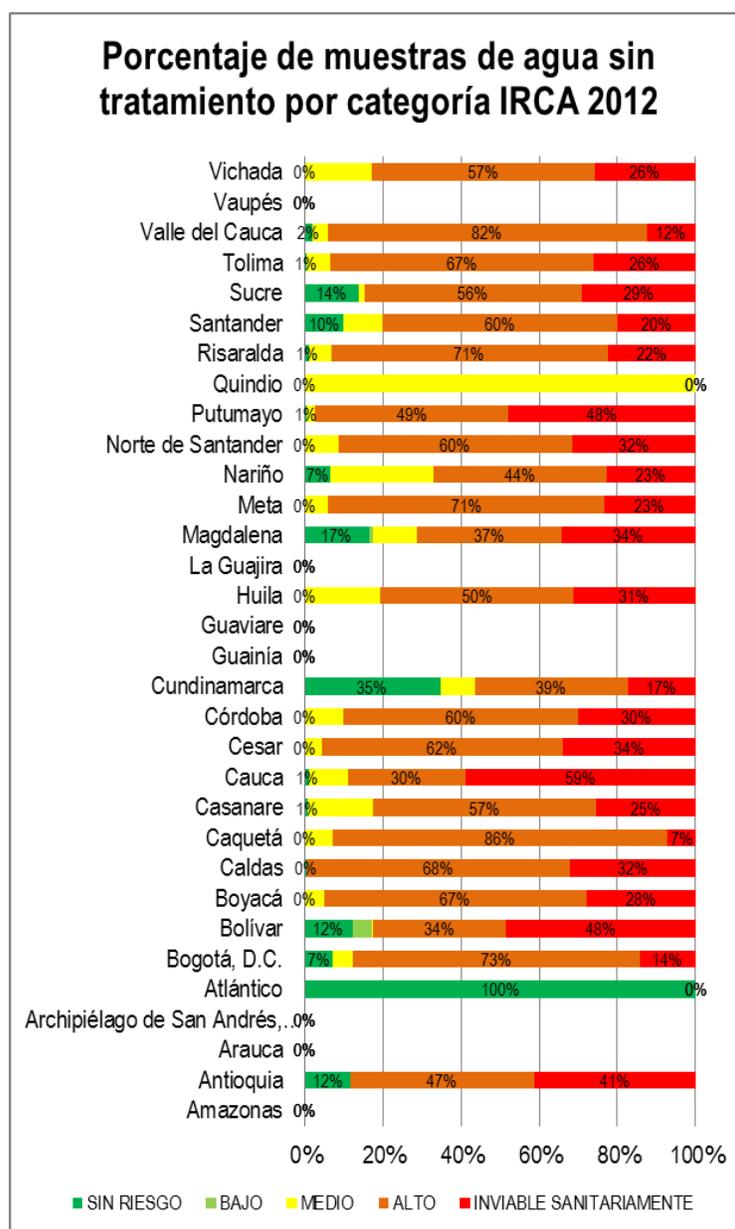
Fuente: Instituto Nacional de Salud. Elaboró: Defensoría del Pueblo.

Esto solo establece los graves problemas de no contar con sistemas de potabilización para el agua que se distribuye. Y esta necesidad radica en que el componente de disponibilidad como el de sostenibilidad no se está cumpliendo, dado que las fuentes hídricas se están deteriorando o se encuentran contaminadas. Requiriendo mayores acciones por parte de las autoridades que componen el Sistema Nacional Ambiental.

Situación que al ser observada por departamento para el año 2012, tampoco es alentadora. Recordemos que de la calidad del agua depende la vida y salud de las personas.

Sobre este particular la Corte Constitucional ha dicho: “cuando el servicio de acueducto que presta el municipio en forma directa, o a través de particulares, afecta en forma evidente e inminente los derechos fundamentales a la vida y a la salud de quienes se benefician de él, bien por su prestación deficiente o por contener elementos que no permitan su consumo, deben ser protegidos a través de la acción de tutela. Así, el hecho de que la comunidad no tenga servicio de acueducto o lo tenga en condiciones que no permitan su utilización en

forma adecuada, se constituye en factor de riesgo grande para la salud y la vida de la comunidad expuesta a esa situación.”⁴⁶

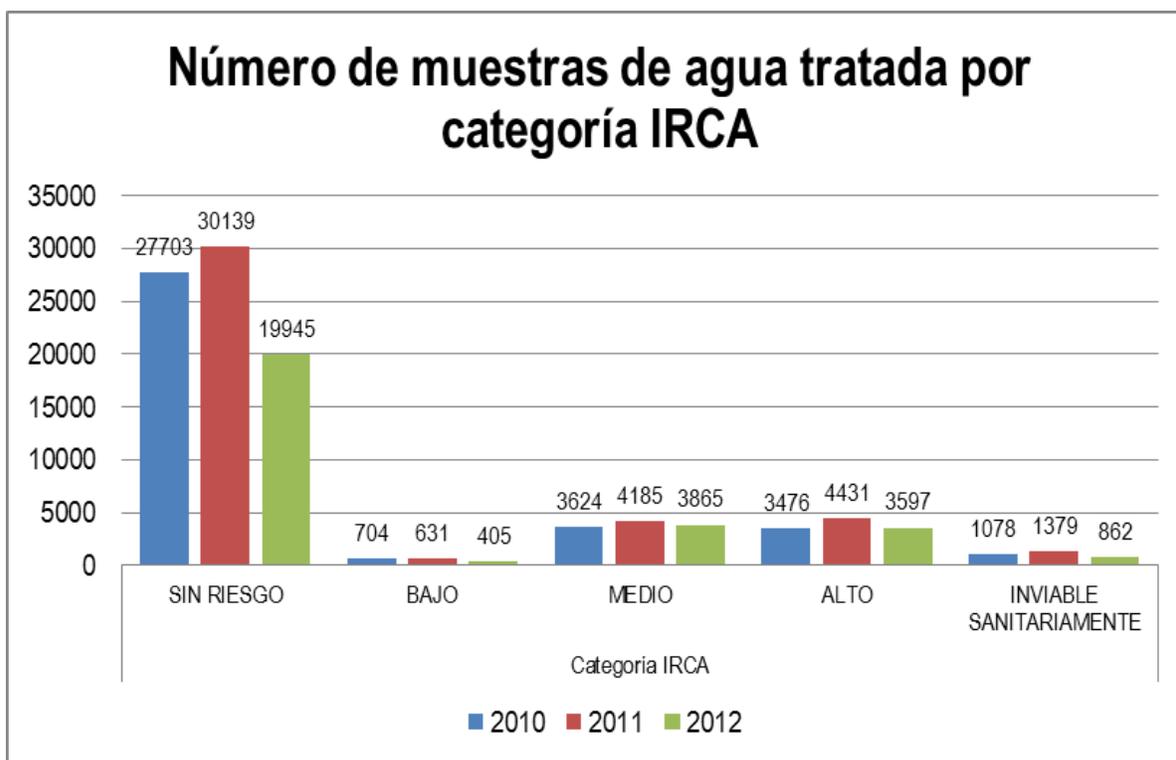


Fuente: Instituto Nacional de Salud. Elaboró: Defensoría del Pueblo.

Ahora, bien sobre el agua tratada, es decir, aquella sobre la cual se ha dispuesto un sistema de purificación de las mismas, tampoco se encuentra un resultado satisfactorio. La gráfica que a continuación se muestran como sobre agua tratada para el año 2010 existieron mil

⁴⁶ Corte Constitucional Colombiana. "Sentencia T - 092 del 2 de noviembre de 1995." M.P.: Hernando Herrera Vergara.

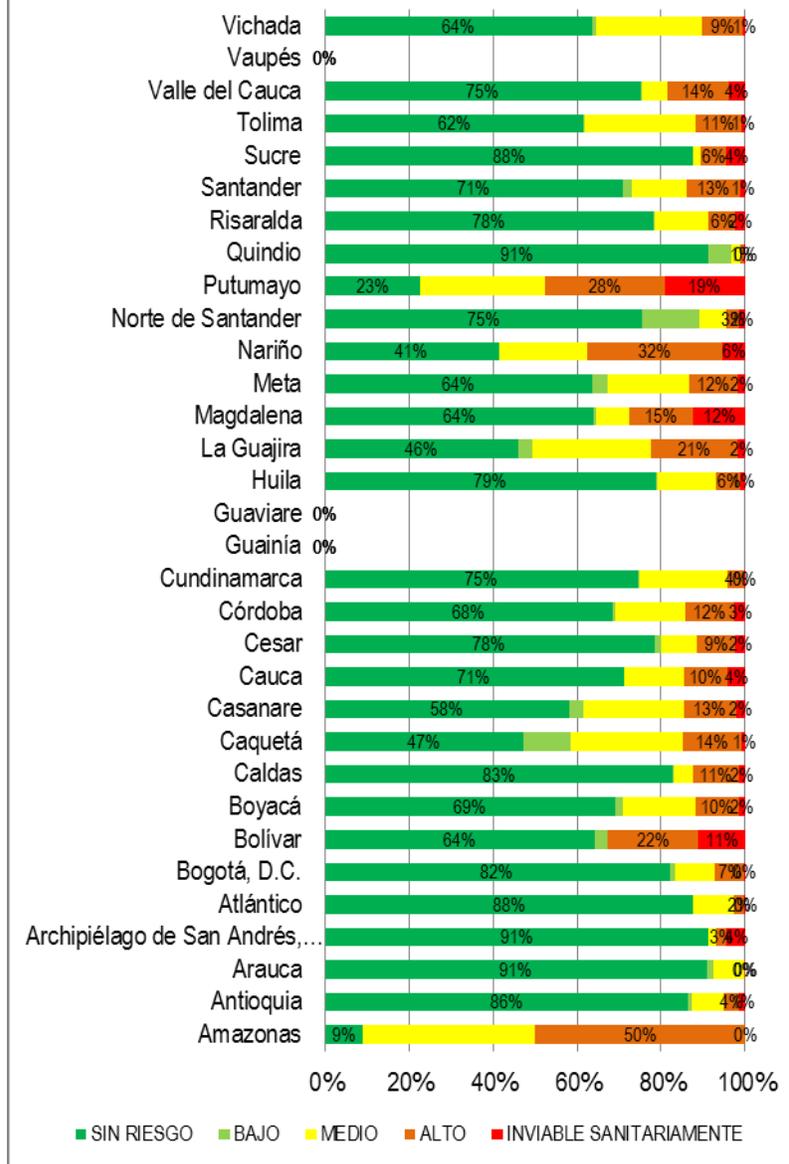
setenta y ocho invariable sanitariamente, para 2011 mil trescientos setenta y nueve y para el año 2012 ochocientos sesenta y dos, lo cual aunque implica un avance, también trae consigo grandes riesgos. No obstante se observa sobre agua tratada que la mayor cantidad de muestras arrojan resultados alentadores. Por ende se debe requerir un esfuerzo adicional por parte de los prestadores en la consecución de otorgar agua de óptima calidad para el consumo humano. Es importante insistir, que más que una muestra, esas 4.459 muestras con riesgo alto e invariable sanitariamente representan personas que no gozan en plenitud del Derecho Humano al Agua, población con amenaza a los derechos fundamentales a la salud y la vida.



Fuente: Instituto Nacional de Salud. Elaboró: Defensoría del Pueblo.

Lo cual se confirma en las muestras realizadas por departamento. Las deficiencias se hacen notorias en departamentos como Amazonas, Putumayo, Nariño, La Guajira y Bolívar, entre otros. Veamos:

Porcentaje de muestras de agua tratada por categoría IRCA 2012



Fuente: Instituto Nacional de Salud. Elaboró: Defensoría del Pueblo.

Por último se desea mostrar que dadas las complicaciones del procedimiento descrito en el acápite anterior y los esfuerzos que se requieren para entregar agua salubre, existe aún en Colombia municipios que no cuentan con información sobre calidad del agua: para el año 2010 fueron 83, para el año 2011, 65 y para el año 2012, 59. De cualquier forma se recomienda al Ministerio de Protección Social, al Instituto Nacional de Salud, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, tomar las medidas necesarias para documentar las dificultades que pudieran tener

los municipios que no reportaron información y tomar las medidas del caso para que esos municipios superen las dificultades y reporten los resultados de las muestras de manera oportuna. En caso de determinarse negligencia por parte de los municipios es necesario recurrir a las sanciones del caso con la finalidad de sentar un precedente por dicha omisión y de igual forma la administración municipal tome las medidas necesarias para tomar las muestras y reportar los resultados.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES

- CAFFERATTA, Néstor Citando a Ojeda Mestre, “A, Introducción al derecho ambiental”, Instituto Nacional de Ecología, Instituto Nacional de Ecología, Ciudad de México, 2004,
- Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico (CRA). Documento de trabajo – Definición de la Tasa de Descuento Aplicable a los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado. Bogotá. 2010.
- Defensoría del Pueblo. El ABC del Derecho Humano al Agua. Bogotá. 2009.
- Defensoría del Pueblo. Avances en la Construcción de la Gestión Comunitaria del Agua”. Bogotá. 2012.
- Gobernación del Tolima, EDAT SA. ESP. Oficio de respuesta radicado No. 70202 del 03 de septiembre de 2012.
- Política Nacional del Agua, la cual puede verse en: <http://www.minvivienda.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=102&conID=212>, consulta del 15 de octubre de 2012; 20:03.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Impacto de la Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia, Una Mirada Desde los Casos Exitosos de Prestadores Menores. Bogotá D.C. 2001.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia constitucional

- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-220 de 2011. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
- Corte Constitucional Colombiana.. Sentencia T- 888 de 2008. M. P. Marco

Gerardo Monroy Cabra.

- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-546 de 2009. M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 915 de 2009. M.P.: NILSON PINILLA PINILLA.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-717 de 2010. M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 740 de 2011. M.P: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 089 del 16 de febrero de 2012. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Jurisprudencia civil y contencioso administrativa

- Consejo de Estado Colombiano. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO. 27 de mayo de 1999. Radicación número: 1185

SITIOS WEB

- Defensoría del Pueblo Colombiana. www.defensoria.org.co
- Defensoría del Pueblo. Página Web. http://www.defensoria.org.co/red/?_item=110603&_secc=11&ts=2&hs=1106, consulta del 2 de julio de 2013.
- Política Nacional del Agua , en Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. <http://www.minvivienda.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=102&conID=2>