

Ílegitimidad del Estado colombiano frente a la privatización del servicio público de acueducto. Un estudio local en el Municipio de Tunja a partir del año 1996

Ílegitimacy of the colombian state in front of the privatization of the public service of aqueduct. A local study in the municipality of Tunja from the year of 1996

Adriana Rocío Limas Suárez*

Resumen

La legitimidad del Estado se predica cuando este sea racional, esto es, guarde coherencia interna y externa con el discurso jurídico al relacionarse con el mundo exterior, y sea una respuesta adecuada a la realidad. El agua es un recurso natural vital para el ser humano y por ende se constituye en un derecho fundamental y en un servicio público básico de interés general que debe ser asegurado por la Administración Pública. Tal postulado se enmarca inicialmente dentro de los principios dogmáticos de la Constitución Política de 1991, del Estado Social de Derecho. No obstante, se advierte un antagonismo

* Abogada de la Universidad de Boyacá; Especialista en derecho Público de la Universidad Externado de Colombia; Exdirectora del Departamento de Derecho Público, Exdirectora del Grupo de Investigación "Polietia" de la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales de la Universidad de Boyacá, actual investigadora del mismo, docente y miembro de la División de Calidad Académica de la misma Universidad.

irreconcilable entre su articulado y la legislación que lo desarrolla -artículo 365 ibídem- que permite el traslado de tal actividad a manos de particulares, y con ello, el origen del peligro latente que conlleva la privatización de los servicios públicos esenciales como el acueducto. Ello evidencia la falta de legitimidad del Estado para afrontar esta problemática, al implementar un sistema de contrato de concesión, que subordina el derecho humano al agua a los intereses comerciales de las empresas que la vienen convirtiendo en una mercancía, y que, por ende, es ajeno a las necesidades básicas fundamentales de la colectividad.

Palabras clave:

Legitimidad, Estado, servicios públicos domiciliarios, privatización, contrato de concesión, servicio público domiciliario de acueducto, tarifas y cobertura del servicio público domiciliario de acueducto.

Abstract

The legitimacy of the State is preached when this it is rational, this is, keeps internal and external coherence of the juridical speech, when being related with the external world and to be an appropriate answer to the reality. The water is a vital natural resource for the human being and therefor it is constituted in a fundamental right, and, in a basic public service of general interest that should be assured by the Public Administration. Such a postulate is framed initially inside the dogmatic principles of the Political Constitution of 1991 of the Social State of Right, nevertheless, an irreconcilable antagonism is noticed with its articulate one and the legislation that it develops it - article 365 ibídem - that allows the transfer of such an activity to the private section, and with it, the origin of the latent danger that bears the privatization of the essential public services as the aqueduct. It evidences the lack of legitimacy of the State to confront this problem, when implements a system of grant contract that subordinates the human right to the water, to the commercial interests of the companies that are transforming it into a merchandise, and therefor distant of the fundamental basic necessities of the collective.

Key words:

Legitimacy, State, domiciliary public services, privatization, grant contract, domiciliary public service of aqueduct, rates and covering of the domiciliary public service of aqueduct.

1. Introducción

La legitimidad del Estado parte del concepto de racionalidad, es decir, que sea coherente y lógico no solo frente a la integralidad de la base normativa, sino que el mismo responda a las exigencias externas de realidad marginal contribuyendo a su operatividad y realización social, propendiendo al cumplimiento de su fin esencial que corresponde a la satisfacción de necesidades básicas de la población.

Se plantea el problema de legitimidad del Estado frente a la privatización del servicio público domiciliario de acueducto en nuestro país, haciendo un estudio local en el municipio de Tunja a partir de la celebración del contrato de concesión de acueducto entre dicha entidad y la Empresa Privada SERAQ.A E.S.P. S.A.

Partimos en primer lugar de las distintas teorías sobre legitimidad y Estado, para interrelacionar los dos conceptos, base teórica para desarrollar el segundo problema relacionado con la privatización del servicio público de acueducto. Para tal efecto, se hace un estudio integral de la base normativa en Colombia sobre servicios públicos de manera genérica; posteriormente abordamos de manera concreta el tema del servicio público de acueducto, y en el tercer capítulo se extractan los elementos normativos tanto constitucionales como legales que contemplan el sistema de privatización de los servicios públicos domiciliarios, en particular el de acueducto, su régimen y tratamiento jurídico. Hasta aquí se

denota el componente de contradicción e incoherencia interna del ordenamiento jurídico partiendo por un lado de la base teórica adoptada de legitimidad del Estado y filosófica del Estado Social de Derecho contemplado en el componente dogmático de la Constitución Política, y por otro lado, del catálogo de normas constitucionales y legales que contemplan la privatización del servicio público del agua.

Ahora bien, frente al componente de contradicción e incoherencia externa, se indaga la operatividad material y real de la privatización del servicio público de acueducto aplicada en nuestra sociedad. Para hacer este último estudio se tendrá en cuenta como premisa fundamental la realidad social en la que se desenvuelve el paradigma del servicio público esencial de acueducto en nuestra sociedad, tomando como muestra de campo la privatización del servicio de acueducto en el Municipio de Tunja ocurrido a partir del año de 1996.

2. Ilegitimidad del Estado

2.1 Conceptos de legitimidad

Es necesario iniciar una discusión sobre los diversos conceptos que sobre legitimidad se han formulado, analizando los elementos normativos y empíricos que integran dichos conceptos para luego dentro de un contexto crítico trasladarlos a la concepción de nuestro propio Estado.

Serrano Gómez Enrique, en su texto *Legitimación y Dominación* hace una

primera aproximación al uso del concepto “legitimación” afirmando que este remite a un proceso donde aquellos que detentan el poder buscan obtener un consenso que asegura la “obediencia habitual”, tanto de los individuos que forman parte de su cuadro administrativo, como en general de todos los que se encuentran vinculados a ese poder. “La legitimidad implica la capacidad del sistema para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas para la sociedad”¹.

2.1.1 Max Weber. En la historia del concepto “legitimidad” la teoría de Weber representa un punto culminante, ya que en ella se critica radicalmente el núcleo normativo de la concepción tradicional, del metarelato de la legitimidad.

Weber definió la legitimidad como la creencia en la validez de un orden social por parte de un número relevante de los miembros de una sociedad. Esta definición presupone una crítica a la noción tradicional de legitimidad, en la que se considera que el orden social legítimo es aquel que se adecúa a un orden trascendente (divino, natural o histórico). La crítica weberiana consiste en resaltar que los juicios sobre la legitimidad implican una referencia a valores y que éstos, por su parte, no se apoyan en los hechos. Es decir, Weber asume de manera consecuente la diferenciación entre enunciados empíricos y

enunciados normativos. Dicha diferenciación conduce a la tesis de que sólo los enunciados empíricos son susceptibles de ser verdaderos, mientras que los enunciados normativos remiten a una creencia o consenso social. Weber no apela a la razón como una entidad capaz de ofrecer un contenido universal y necesario; para él, la fundamentación de los principios normativos sólo puede localizarse en las condiciones que permiten la constitución de las relaciones sociales, con la pluralidad y conflictos a ellas inherentes. Lo racional no se encuentra en un saber universal y necesario, que tiene que ser percibido como tal por todo sujeto, sino en los procedimientos que nos permiten situar y revisar críticamente nuestro saber.

En este orden de ideas, se infiere, que la tesis central de la teoría weberiana sobre el problema de la legitimidad en un Estado moderno, consistiría en un proceso racional a partir del cual se establece un orden normativo y se fundamenta el ejercicio del poder reconocido y aceptado por una comunidad. Weber pretende justificar y explicar la legitimidad a partir del consenso, el reconocimiento de valores e intereses colectivos, haciendo patente la presencia de un conflicto de valores que no puede superarse y ante el cual resulta inevitable tomar posición por cada miembro de la comunidad.

Por tanto, la única posibilidad que queda para sostener la legitimidad del Estado

¹ Serrano Gómez, Enrique. *Legitimación y nacionalización. Weber y Habermas. La dimensión normativa de un orden secularizado.* Barcelona, Antrophos. México, U. Autónoma Metropolitana. 1994.

moderno es la creencia en la validez «de lo estatuido positivamente, en cuya legalidad se cree», esto es, la «fe en la legalidad».

Esta legalidad puede valer como legítima:

- En virtud de un pacto de los interesados;
- En virtud del otorgamiento (*imposición-Oktroyierung*) de una autoridad considerada como legítima y del sometimiento correspondiente².

2.1.2 J. Habermas. Propone una legitimidad resultante del método que vaya más allá del empirismo y del normativismo, el reconstructivo de las ciencias sociales “...es hacer explícitos los elementos y estructuras de saber preteóricos en las acciones humanas”.

Ofrece, entonces, un tercer concepto de legitimación, que calificó de reconstructivo, el cual define la legitimidad como la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo. No está desprovista de buenos argumentos, un orden legítimo merece el reconocimiento. Afirma que por legitimidad entiende el hecho de que un orden político es merecedor de reconocimiento³.

Se esboza de lo anterior que la tesis inicial de Habermas es que la legitimidad de un poder está indisolublemente ligada a un proceso de comunicación. Enrique Serrano Gómez, expone en su texto “*Legitimación y racionalización*”, que para Habermas, el núcleo normativo de la legitimidad se encuentra en las condiciones pragmáticas que permiten la comunicación entre los individuos dentro del proceso de legitimación. Gómez Serrano precisa esta teoría de la acción comunicativa de Habermas en la definición de legitimidad así: 1) la legitimación puede conceptualizarse como un proceso de comunicación; 2) el uso comunicativo del lenguaje tiene como objetivo interno la búsqueda del entendimiento; 3) por tanto, la legitimidad estará dada por las condiciones que permiten un proceso comunicativo orientado hacia el entendimiento, y 4) como discurso práctico, la legitimidad presupone la idea normativa de una argumentación libre de toda coacción extrema, en la que se ponga a prueba la validez de los fundamentos del poder.

Denomina su concepto de legitimidad como «reconstructivo», ello hace referencia al método en que ese concepto se sustenta. El objetivo del llamado «método reconstructivo» es hacer explícitos los elementos y estructuras de saber preteórico presentes en las acciones humanas⁴.

² WEBER, M. *Economía*. p. 29.

³ HABERMAS, J. *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Tauros, 1981, p. 266 (Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, Francfort, Suhrkamp, 1976, p. 293; en adelante, la referencia a las páginas de la edición alemana aparecerá entre paréntesis tras las de la edición castellana).

⁴ HABERMAS, J. *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Francfort, Suhrkamp, 1982; y T. McCarthy, *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*, Madrid, Tecnos, 1987.

Este criterio es independiente de los mitos, religiones, visiones del mundo, etc., que aparecen en los diversos procesos de legitimación tradicionales, ya que se trata de un principio normativo que hace referencia al carácter «formal» o estructural del discurso.

2.1.3 Raul Eugenio Zaffaroni. Referente teórico del trabajo que nos ocupa, quien se pregunta ¿la legitimidad puede tener fundamento en la legalidad? Y su respuesta es contundente al afirmar que solo se puede hablar de legitimidad del Estado, cuando este sea racional, esto es, guarde coherencia interna y externa, es decir cuando se relacione con el mundo exterior y sea una respuesta adecuada a la realidad.

Es muy importante, hacer un análisis de la tesis de nuestro fuerte y muy genuino Raúl E. Zaffaroni, frente al problema de legitimidad del Estado.

En su obra *En busca de las penas perdidas*, nos ubica dentro del esquema de comprensión del concepto de legitimación. Señala que es una compleja manifestación del poder social y que por legitimidad del mismo debe entenderse la característica que le otorgaría su racionalidad.

Precisa la expresión “racionalidad” bajo los siguientes parámetros:

- A la coherencia interna del discurso

jurídico.

- A su valor de verdad en cuanto a la operatividad social. El discurso jurídico sería racional si fuese coherente y verdadero.

2.1.4 Rafael Ballén. En su obra *Ilegitimidad del Estado*⁵, plantea como mayor exponente teórico sobre la formación del Estado a PLATÓN, en el diálogo *República* (S.IV a.d.C). “Vamos, pues -dice PLATÓN-, forjemos en teoría el Estado desde el comienzo; aunque según parece, lo forjarán nuestras necesidades”⁶.

Señala que el argumento de la necesidad formulado por PLATÓN, se ha repetido a través de los siglos por todos los pensadores y ahora se acepta, sin discusión alguna, que aquella es la finalidad del Estado, entonces, en términos generales, se podría decir que *legitimidad* es la motivación colectiva de los miembros de una sociedad para respetar un sistema político, un Estado, unas autoridades, sin recurrir a la fuerza. Esas motivaciones colectivas son de tres tipos: creencia en la validez del ordenamiento legal, creencia en la bondad de las ramas del poder público, creencia en las calidades de los gobernantes.

2.2 Conceptos de Estado

El concepto de Estado ha sido objeto de diversas definiciones, lo cual es

⁵ BALLÉN, RAFAEL. *Ilegitimidad del Estado*. Segunda Edición. Bogotá, Temis, 2007, pp. 369,370.

⁶ PLATÓN, *República Libro II*, 369c.

explicable teniendo en cuenta los muchos factores que confluyen en él, el momento histórico en el que los pensadores se encontraban y los variados enfoques con los que se ha estudiado, provenientes de disciplinas tales como la ciencia política, la sociología, y el derecho, entre otras. Examinaremos algunos conceptos de los predecesores:

ROUSSEAU sostiene que el Estado es una necesidad de representación política, es una asociación de LIBRE desarrollo de todos; sin embargo, esta autoridad, no importa cómo sea llamada, genera una cierta subordinación que nos impone una organización social⁷.

El Estado para HOBBS es un ente artificial, que no existe y que se tiene sobre la ciudad y el campo. Afirma que este es un mal necesario para evitar la amargura de los instintos perversos del hombre. Dentro del Estado existe un poder civil que se ejerce únicamente en cabeza del gobernado. Es lo que Hobbes llama la condición de los hombres fuera de la existencia del poder político⁸.

ENGELS, que desechando la noción de Estado como un poder impuesto desde fuera a la sociedad, o la elaboración hegeliana de la realización en el Estado de una pretendida idea moral, imagen y materialización a un tiempo, de la razón absoluta sostiene: “El Estado no es otra

*cosa que la confesión de que la sociedad se ha enredado consigo misma en una contradicción insoluble, se ha dividido en contradicciones irreconciliables, que ella es impotente para conciliar. Y para que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna no se devoren a sí mismas y no devoren a la sociedad en una lucha estéril, para eso se hizo necesario un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el conflicto, a mantenerlo dentro de los límites del orden y este poder que brotó de la sociedad pero que se coloca por encima de ella y que se divorcia cada vez más de ella es el Estado”*⁹.

Por su parte HERMAN HELLER sostiene: “Nadie ha combatido de modo más certero y completo que Marx esa superstición, de tan difícil desarraigo... que sostiene que el Estado y la sociedad pueden ser mejor comprendidos si se le compara con las sociedades animales. Para MARX la sociedad civil es la más desarrollada forma de organización, y precisamente por eso permite comprender todas las formas sociales anteriores.” *La anatomía del hombre es la clave de la del mono. Los indicios de lo superior en las especies animales inferiores solo puede ser comprendido si lo superior es ya conocido*. Aún cuando existieran en el mundo animal indicios de forma análogas al Estado,

⁷ ROUSSEAU, CHARLES. *Elements of law*: libros I,V, 2 Pág. 18.

⁸ CHARLES ZARCA, Yves. *Hobbes y el pensamiento político moderno*. Editorial, Herder. Pág.58. París 1995.

⁹ ENGELS, FEDERICO. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Moscú, Progreso.

sólo podrían explicarse partiendo de lo superior y no al contrario”¹⁰.

El referente teórico sobre legitimidad y Estado nos incita a reflexionar en tan oportuno e importante momento sobre el problema de legitimidad del Estado frente a la privatización del servicio público domiciliario de acueducto en nuestro país, haciendo un estudio local en el municipio de Tunja a partir de la celebración del contrato de concesión de acueducto entre dicha entidad y la Empresa Privada SERAQUA E.S.P. S.A. Con la precisión y fundamento filosófico esbozado anteriormente, la legitimidad del Estado parte del concepto de racionalidad, es decir, que sea coherente y lógico no solo frente a la integridad de la base normativa, sino que el mismo responda a las exigencias externas de realidad marginal contribuyendo a su operatividad y realización social, y por esa vía a la satisfacción de necesidades básicas de la población. Partiendo de esta lógica, considero que es de vital importancia en primer lugar, hacer un análisis integral de la base normativa en Colombia sobre el problema de la privatización del servicio público de acueducto, para luego indagar su operatividad material y real aplicada en nuestra sociedad. Para hacer este último estudio, se tendrá en cuenta como premisa fundamental la realidad social en la que se desenvuelve el paradigma del servicio público esencial de acueducto en nuestra sociedad y como

ejemplo de ello en el Municipio de Tunja.

3. Régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios en Colombia - acueducto

3.1 Generalidades

El artículo 365 de la Constitución Política determina que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y a éste atribuye la obligación de asegurar su prestación eficiente para todos los habitantes del territorio nacional. Remite a la ley la facultad de definir su régimen jurídico, de la posibilidad de que los servicios sean prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares pero advierte, en todo caso, que aquel conservará la función de regulación, control y vigilancia.

A su vez, los artículos 367 y 368 *ibidem*, señalan que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario, y de protección a los usuarios, deberes y derechos de éstos, sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que atiendan el servicio, y la participación de los municipios o de sus representantes en las entidades prestadoras de dichos servicios.

¹⁰ HELLER, HERMAN. *Teoría del Estado*, México, F.C.E, 1974.

Así mismo, en el artículo 370, la Carta atribuye al presidente de la república fijar las políticas generales de administración y control, de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y el ejercicio, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, del control, la vigilancia e inspección de las entidades que los presten, todo ello con sujeción a la ley.

En desarrollo de lo preceptuado en las disposiciones constitucionales citadas, se expidió la Ley 142 de 1994, por medio de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, que de acuerdo con lo previsto en ella son: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas, combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.

Los anteriores servicios son considerados servicios públicos domiciliarios, porque se reciben en la residencia de las personas o en su sitio de trabajo y sirven para satisfacer necesidades básicas. La prestación de estos servicios se realiza conforme a lo dispuesto en las leyes 142 y 143 de 1994 y a las normas que expiden las comisiones de regulación de cada sector.

Ahora bien, son catalogados como usuarios de los servicios públicos domiciliarios todas las personas que se beneficien o reciben los servicios públicos domiciliarios; así, usuario es el propietario, poseedor, tenedor o arrendatario de un inmueble residencial o comercial. Por tanto, tiene derecho a recibir cualquier servicio domiciliario,

toda persona que sea capaz de contratar según la ley, que habite o utilice de modo permanente un inmueble, por ejemplo el propietario o el arrendatario.

Ninguna persona puede recibir los servicios de manera gratuita. En efecto, la empresa a través del contrato de servicios públicos, se compromete a prestar un determinado servicio público domiciliario, a cambio de un precio en dinero. A través del contrato de servicios públicos se señalan unas condiciones de prestación iguales para todos los usuarios, y por eso este también se conoce como contrato de condiciones uniformes.

Este contrato de condiciones uniformes que celebra el usuario con la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios se da por terminado por las causas y bajo las formalidades señaladas en el mismo. También puede terminarse, según el artículo 141 de la Ley 142 de 1994, por el reiterado incumplimiento del contrato o por el atraso en el pago de las tres facturas; igualmente, el prestador podrá proceder a dar por terminado el contrato y cortar el servicio en caso de fraude o por la demolición del inmueble en donde se preste el servicio.

Respecto a las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, de conformidad con la ley 142 de 1994, corresponde a las diferentes comisiones de regulación el fijar las fórmulas tarifarias para las empresas que tengan posición dominante en un mercado. Con base en esas fórmulas, las empresas prestadoras fijan sus tarifas, de acuerdo con los costos

aprobados por las comisiones. Las empresas que no tengan posición dominante en un mercado, no se someten a las fórmulas tarifarias que establecen las comisiones, sino que fijan libremente sus tarifas, con la obligación de informar a las comisiones y a la Superintendencia sobre las tarifas fijadas.

La tarifa es el precio que se cobra por la prestación del servicio; este servicio debe reflejar los costos en que incurre la empresa para prestar el servicio. Esta incluye los siguientes cargos: a.- El cargo fijo, que es el costo en que incurre la empresa para garantizar la disponibilidad permanente del servicio, se utilice o no de tal manera que cubra los gastos de administración, facturación, medición y demás actividades permanentes; b.- el cargo por consumo, precio que el usuario paga por unidad de servicio consumido, es decir, por impulso en telecomunicaciones, por Kilovatio de energía y por metro cúbico de agua o de gas natural; c.- el cargo por aporte de conexión, valor que la persona prestadora del servicio puede cobrar al suscriptor por la conexión de cada inmueble al sistema o red existente y debe corresponder a los costos directos de conexión del usuario del servicio.

Las tarifas son iguales para todos, lo que ocurre es que el valor cobrado en la factura puede variar dependiendo de si se trata de un usuario subsidiado o de un usuario que paga la contribución de solidaridad.

La estratificación se utiliza para clasificar los usuarios residentes en grupos teniendo en cuenta sus características socioeconómicas; para

seleccionar los estratos que requieren subsidios para el pago de los servicios y los estratos que deben hacer contribuciones para ayudar a subsidiar; para realizar programas sociales como expansión y mejoramiento de infraestructura de servicios públicos y vías, campañas de salud y saneamiento, programas educativos y recreativos, en las zonas que más lo requieran; y para que las autoridades municipales cobren el impuesto predial teniendo en cuenta las diferencias de estratos.

Los niveles de estrato son: Estrato 1, bajo – bajo; estrato 2, bajo; estrato 3, medio bajo; estrato 4, medio; estrato 5, medio alto; estrato 6, alto. El Estado ha dispuesto subsidiar el pago de servicios públicos domiciliarios a los habitantes de las viviendas y predios urbanos en los estratos más bajos. Para esto, es necesario también que los estratos altos paguen un sobrecosto solidario, por esto, solo los estratos 1, 2, y 3 reciben subsidio; el estrato 4 no recibe subsidio ni paga contribución; los estratos 5 y 6 pagan contribuciones para financiar los subsidios de los estratos 1,2, y 3.

3.2 Particularidad del servicio público domiciliario de acueducto

Es el servicio de distribución de agua para el consumo humano, incluida su conexión y medición. Sus actividades complementarias son la captación, el procesamiento y tratamiento, conducción y transporte de agua.

El prestador del servicio suministra agua potable a través de las redes especiales

que deben garantizar la potabilidad hasta la acometida de la residencia.

Como retribución al costo en que incurren los prestadores de servicios públicos domiciliarios para llevar el servicio a nuestra residencia, los usuarios deben pagar un precio (tarifa).

El cobro del servicio público de acueducto tiene dos componentes:

*- Un cargo fijo: que se cobra al usuario mensual o bimestralmente, y busca compensar los gastos administrativos en que incurren los prestadores para garantizar la disponibilidad del servicio independientemente del nivel de uso.

*- Un cargo por consumo: que se fija por un metro cúbico y busca distribuir los demás costos de prestación del servicio como son los costos de operación de mantenimiento, de inversión y ambientales. En el cargo de consumo, se distinguen rangos de consumo, a efecto de establecer quienes son objeto de subsidio o quienes aportan para hacer efectivo el principio de solidaridad establecido en la Constitución Política, dichos rangos son:

- Consumo básico, que incluye los primeros 20 m³ mensuales de consumo.
- Consumo complementario: para los siguientes 20 m³ mensuales.
- Consumo suntuario: para consumos mayores a 40 m³ mensuales.

Por lo anterior, a mayor consumo, mayor pago por la prestación del servicio.

4. Análisis de la privatización del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia

4.1 Análisis normativo

De conformidad con los elementos teóricos constitucional y legal de servicios públicos domiciliarios esbozados, se infiere que la privatización de los servicios públicos tiene su origen legal en la Constitución Política de 1991, que en su artículo 365 señala que aquellos “podrán ser prestados por particulares”. Luego, la ley 142 de 1994 tomó un conjunto de disposiciones que tienen como objetivo primordial presionar sus privatizaciones, veamos alguna de ellas:

- En primer lugar solamente puede tener acceso al servicio “público” domiciliario del agua aquella persona que sea capaz de contratar según la ley, que habite o utilice de modo permanente un inmueble; lo que significa que solamente la entidad prestadora del servicio público se compromete a prestar el servicio público domiciliario a cambio de un precio en dinero; es decir, ninguna persona puede recibir el servicio de manera gratuita –artículo 130 de la ley 142 de 1994–.
- Ahora bien, las condiciones del contrato de servicios públicos las fija la entidad prestadora del servicio de acueducto, de manera uniforme e impuesta a los usuarios a través del denominado contrato de condiciones uniformes –artículo 131 de la ley 142 de 1994–.

- Entre otras causales para perder el derecho fundamental a acceder al servicio público domiciliario del agua, se encuentra el incumplimiento reiterado del contrato o por el atraso en el pago de tres facturas –artículo 141 de la ley 142 de 1994–.
- Ahora bien, las fórmulas de las tarifas son fijadas por las diferentes comisiones de regulación solamente para las empresas que tengan posición dominante en el mercado, en los demás casos las tarifas son fijadas libremente.
- Al usuario es a quien, en últimas, le imponen el deber de pagar los costos de administración, funcionamiento e inversión de la empresa prestadora del servicio, y los usuarios que pagan contribución de solidaridad deben cubrir el 50% para el pago de subsidios. Veamos: el cobro tiene dos componentes: **un cargo fijo que se cobra al usuario**, que busca compensar los gastos administrativos (facturación, el funcionamiento de las oficinas, la medición, el personal administrativo, los impuestos y las contribuciones); **un cargo por consumo**, que busca retribuir los demás costos de prestación del servicio, como son los costos de operación de mantenimiento, de inversión y ambientales; **el cargo por aporte de conexión**, valor que la persona prestadora del servicio puede cobrar al suscriptor por la conexión de cada inmueble al sistema o red existente; y

los estratos 5 y 6 pagan contribuciones para financiar los subsidios de los estratos 1, 2 y 3.

- La privatización también consiste, y en gran escala, en que el Estado entrega gratuitamente a los particulares, por concesión, por veinte o más años, para que éstos la exploten en su beneficio. En seguida pasaremos a profundizar sobre este tema.

4.1.1 Privatización del servicio público esencial domiciliario de acueducto por concesión

* **La concesión de servicio público.** La noción de servicio público presenta ciertos caracteres fundamentales que pueden destacarse: a) en primer lugar, un elemento teleológico, pues se trata de una actividad tendiente a satisfacer una necesidad de interés general. b) En segundo lugar, un elemento subjetivo u orgánico: que la actividad esté a cargo de una entidad estatal. c) Y finalmente, un elemento formal: que la actividad esté regulada por el derecho público.

Sayagués Laso, define los servicios públicos como el conjunto de actividades desplegadas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas imposterables, mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público¹¹.

En cuanto a la naturaleza y régimen jurídico de la concesión de servicios

¹¹ *Ibidem, op cit.*

públicos, en su obra *Contratos administrativos*¹², define la concesión de servicios como el contrato de la Administración, sometido a un régimen predominante de derecho público, mediante el cual la entidad pública que debe en principio asegurar la prestación del servicio, acuerda con un tercero que la actividad será ejercida temporalmente por éste, con los consiguientes poderes jurídicos, por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y control de la Administración concedente y percibiendo como retribución el precio que pagarán los usuarios del servicio.

De esta definición destaca los principales caracteres de la concesión de servicios:

- Es un contrato de la Administración y no un acto unilateral ni un acto mixto.
 - Es un contrato en el cual se aplica el derecho público preponderantemente sobre el derecho privado.
 - La concesión solo es admisible en aquellos servicios o cometidos estatales respecto de los cuales no está impuesta la prestación exclusiva por entidades estatales.
 - El objeto del contrato es solamente la ejecución del servicio, con prescindencia de los aspectos de organización y funcionamiento, de los cuales la Administración no puede despojarse.
 - La concesión debe ser un contrato con plazo, no siendo admisible en el
- derecho moderno, una concesión a perpetuidad.
- Para poder prestar eficazmente el servicio, el concesionario está dotado de poderes jurídicos en ciertas áreas, similares a aquellos de que dispondría la Administración si prestara directamente el servicio.
 - En el aspecto económico, la concesión se presta bajo la exclusiva cuenta y riesgo del concesionario, a quien pertenecerán también las eventuales ganancias que la ejecución del servicio produzca y quien soportará las pérdidas que deriven del álea económico normal.
 - La administración concedente mantiene en todo momento poderes de vigilancia y control sobre la gestión del concesionario, en sus distintos aspectos.
 - Al concesionario se lo retribuye, no con una suma que pague la Administración, como ocurre en otros contratos, sino con el precio que pagan los usuarios del servicio¹³.

* **Concesiones y privatización del servicio público de acueducto en Colombia.** Por lo anteriormente expuesto podemos concluir, que siendo el agua un recurso natural vital para el ser humano se constituye en un derecho fundamental y a su vez, en un servicio público básico de interés general. Por tanto, al constituirse en una necesidad de interés general, su efectiva prestación debe estar a cargo del Estado y en esa

¹² DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Segunda Edición. LEGIS. Pág. p. 136.

¹³ <http://www.seraqua.com/sectorizacion.htm>

medida es una actividad regulada por el derecho público. Si estamos frente a una actividad que debe ser asegurada por la Administración, es ineludible que las reglas de su organización y funcionamiento sólo pueden ser fijadas por ésta.

Por consiguiente y de conformidad con lo ya expuesto, la realidad muestra una incoherencia en primer lugar, de la integridad del ordenamiento jurídico en sí mismo, que contempla por un lado los principios dogmáticos y filosóficos del Estado Social de Derecho, y por otro lado regula la privatización de tal actividad de lo cual se ha hecho referencia en la introducción de este capítulo. En segundo lugar, el sistema de privatización que se ha consolidado legislativamente, no ha dado una respuesta adecuada a la realidad social, pues los hechos demuestran que la privatización no funciona para la clase media y menos para los pobres, pues como se ha evidenciado anteriormente, solo tienen acceso a este recurso vital quienes puedan pagar por ella.

Las concesiones a los particulares han significado que éstos asumen la administración de la empresa estatal, cobrando por ello fuertes sumas de dinero, para lo cual deben subirse fuertemente las tarifas, y las nuevas inversiones que deban hacerse salen, en lo fundamental, como minuciosamente se estudió, no de los aportes de los concesionarios, sino de las mismas tarifas.

Tal como lo advierte Rafael Colmenares Faccini, en su ponencia “El agua: Crisis y privatización”¹⁴:

“La crisis ambiental sin embargo se profundiza y en una de sus más dramáticas expresiones es la creciente escasez de agua ante el aumento de la población pero también de la deforestación y la contaminación. Dicha crisis coincide con la tendencia a la comercialización de los bienes comunes en particular el agua, para lo cual se vienen privatizando los servicios públicos y se avanza hacia la privatización de las fuentes de agua. Este proceso se ha expresado en Colombia mediante la fusión de los ministerios de desarrollo y medio ambiente y a través de otros cambios en la legislación y la política ambiental. Uno de ellos, tal vez el más preocupante, es el que encierra el proyecto de “ley del agua” que cursa en el Congreso Nacional. Mediante dicho proyecto se establece un mercado de concesiones facilitando así la apropiación privada de este bien común. Tomar conciencia de las implicaciones de este proyecto es fundamental para afianzar el concepto del agua como bien público y derecho humano.

(...)

El agua ha sido tradicionalmente en Colombia un bien de uso público y su administración y manejo ha estado a cargo del Estado. Los particulares han

¹⁴ COLMENARES FACCINI, RAFAEL. <http://www.biodiversidadla.org/content/view/full/22588>

accedido al uso y aprovechamiento del agua mediante el sistema de concesión que hasta ahora por espacio de casi treinta años ha estado regulado por el Código de Recursos Naturales y en el Decreto Reglamentario 1541 de 1978.

El proyecto de ley sin que medie un estudio ni un análisis de cual ha sido el impacto que este sistema ha tenido en la evidente disminución de la oferta hídrica en Colombia, y cuales son los nuevos retos en un mundo globalizado, opta por mantenerlo, profundizarlo y flexibilizarlo. Para ellos se consagran básicamente las siguientes figuras y criterios:

- 1.- Concesiones de larga duración.*
- 2.- La posibilidad de hacer cesión de la concesión con autorización de la autoridad competente.*
- 3.- Los criterios que orientan todo el régimen de concesiones son puramente económicos en tanto atienden a la naturaleza de la actividad propuesta, el período de recuperación de la inversión y la previsión de un tiempo suficiente para que la explotación sea rentable.*

Frente a un fenómeno como la escasez de agua y en un mundo globalizado, el sistema de concesiones simplemente abre las puertas para que las transnacionales del agua conviertan la crisis en oportunidad para obtener ganancias a costa de la necesidad y angustia de los seres humanos”.

4.2 Privatización del servicio público de acueducto del municipio de Tunja por concesión

Desde la fundación hispánica de Tunja, el principal problema de sus habitantes fue la falta de agua. En el mes de febrero de todos los años dicho problema obligaba a cerrar colegios y establecimientos llevando a los hogares incomodidades extremas pues el abastecimiento básico del líquido se lograba penosamente con baldes y recipientes caseros. En 1996, por recomendaciones del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, el gobernante de turno alcalde Manuel Arias Molano, convocó a licitación pública, en la que se presentó el consorcio A.Q.A.-SERA Q.A, con una promesa de constitución de sociedad en caso de resultar adjudicados. El 1 de noviembre de 1996 el municipio de Tunja y la empresa SERA Q.A. TUNJA -E.S.P. S.A., conformada por los integrantes del consorcio, suscribieron contrato de concesión No. 132 de 1996.

Desde dicha fecha a la actualidad cuenta con un número total de usuarios aproximado de 33.201¹⁵.

El régimen tarifario¹⁶ durante los últimos cinco años se ha incrementado de manera ostensible, y en varias oportunidades por fracción de año. Veamos:

¹⁵ <http://www.seraqua.com/sectorizacion.htm>

¹⁶ <http://www.seraqua.com/tarifas.html>

Mayo 2003

Año	Uso	Estrato	Cargo Fijo	Consumo Básico
Mayo 2003	Residencial	1	\$ 2.284	252
Mayo 2003	Residencial	2	\$ 4.178	324
Mayo 2003	Residencial	3	\$ 6.504	579
Mayo 2003	Residencial	4	\$ 9.758	858
Mayo 2003	Residencial	5	\$ 19.319	1.035

Enero 2004

Año	Uso	Estrato	Cargo Fijo	Consumo Básico
Enero 2004	Residencial	1	\$ 2.627,25	302,46
Enero 2004	Residencial	2	\$ 4.178,01	372,60
Enero 2004	Residencial	3	\$ 6.943,08	752,31
Enero 2004	Residencial	4	\$ 9.758,52	944,24
Enero 2004	Residencial	5	\$ 19.318,63	1.034,92

Febrero 2004

Año	Uso	Estrato	Cargo Fijo	Consumo Básico
Febrero 2004	Residencial	1	\$ 2.706,59	311,59
Febrero 2004	Residencial	2	\$ 4.304,18	383,86
Febrero 2004	Residencial	3	\$ 7.152,76	775,03
Febrero 2004	Residencial	4	\$ 10.053,23	972,75
Febrero 2004	Residencial	5	\$ 19.902,05	1.066,18

Mayo 2004

Año	Uso	Estrato	Cargo Fijo	Consumo Básico
Mayo 2004	Residencial	1	\$ 2.790,49	321,25
Mayo 2004	Residencial	2	\$ 4.437,61	395,76
Mayo 2004	Residencial	3	\$ 7.374,50	799,06
Mayo 2004	Residencial	4	\$ 10.364,88	1.002,91
Mayo 2004	Residencial	5	\$ 20.519,01	1.099,93

Enero 2005

Año	Uso	Estrato	Cargo Fijo	Consumo Básico
Enero 2005	Residencial	1	\$ 3.209,06	401,56
Enero 2005	Residencial	2	\$ 4.615,11	494,70
Enero 2005	Residencial	3	\$ 7.841,30	1.038,78
Enero 2005	Residencial	4	\$ 10.364,88	1.058,1
Enero 2005	Residencial	5	\$ 20.519,01	1.099,23

Agosto 2005

Año	Uso	Estrato	Cargo Fijo	Consumo Básico
Agosto 2005	Residencial	1	\$ 3.412,64	427,04
Agosto 2005	Residencial	2	\$ 4.907,86	526,10
Agosto 2005	Residencial	3	\$ 8.338,75	1.104,67
Agosto 2005	Residencial	4	\$ 11.022,33	1.125,07
Agosto 2005	Residencial	5	\$ 21.820,67	1.168,98

Enero 2006

Año	Uso	Estrato	Cargo Fijo	Consumo Básico
Enero 2006	Residencial	1	\$ 3.412,00	506,28
Enero 2006	Residencial	2	\$ 5.279,65	675,04
Enero 2006	Residencial	3	\$ 8.359,45	1.125,07
Enero 2006	Residencial	4	\$ 8.799,42	1.125,07
Enero 2006	Residencial	5	\$ 18.918,75	1.687,61

Junio 2006

Año	Uso	Estrato	Cargo Fijo	Consumo Básico
Junio 2006	Residencial	1	\$ 3.523,91	522,89
Junio 2006	Residencial	2	\$ 5.452,82	697,18
Junio 2006	Residencial	3	\$ 8.633,64	1.161,97
Junio 2006	Residencial	4	\$ 9.088,04	1.161,97
Junio 2006	Residencial	5	\$ 19.539,29	1.742,96

Como se observa en primera medida, la Empresa SERA QUA TUNJA ESP S.A. ha cobrado por el servicio de acueducto una tarifa con dos componentes: un cargo fijo y un cargo por consumo. Según se desprende del análisis tarifario durante los últimos años, se encuentra que la empresa ha venido incrementando el valor en más de una ocasión por año, por lo que el grado de rentabilidad resulta mayor, teniendo en cuenta que el cargo fijo busca compensar los gastos administrativos en que incurren los prestadores para garantizar la disponibilidad del servicio, independientemente del nivel de uso; y el cargo de consumo, busca retribuir los demás costos de prestación del servicio, como son los costos de operación, de mantenimiento, de inversión y ambientales.

Adicionalmente, tenemos que solamente tienen acceso al servicio aquellas personas con disponibilidad económica, pues como se evidencia, los estratos 1 bajo – bajo, 2 bajo, y 3 medio bajo deben, de todas formas, pagar un cargo fijo y un cargo por consumo, adicional al valor que deben cancelar por concepto del cargo por aporte de conexión para prestar al usuario el servicio. Así las cosas, no hay una cobertura total de la población del municipio de Tunja para garantizar el acceso al servicio público esencial del agua, pues una gran parte de la población no cuenta con los recursos económicos para acceder al mismo, prueba de ello es el porcentaje de usuarios inscritos a la Empresa SERAQUA ESP S.A. TUNJA.

Vale anotar que en los últimos meses, el municipio de Tunja, tiene contrato con

la filial en Colombia Proactiva Colombia S.A, consorcio a través del cual opera en dos áreas de negocio: la gestión del agua y la gestión de residuos.

Este estudio es una muestra más para abrir el debate de los peligros de la privatización del servicio público de acueducto y por esa vía la falta de legitimidad del Estado para afrontar la problemática, al trasladar cada vez más una actividad de interés general en manos de particulares ajenos a los intereses, necesidades básicas y derechos fundamentales de la colectividad. Se ha subordinado el derecho humano al agua a los intereses comerciales de las empresas que la vienen convirtiendo en una mercancía.

CONCLUSIONES

Por lo anteriormente expuesto podemos concluir que al ser el agua un recurso natural vital para el ser humano se constituye en un derecho fundamental y, a su vez, en un servicio público básico de interés general. Por tanto, al constituirse en una necesidad de interés general, su efectiva prestación debe estar a cargo del Estado y en esa medida sea una actividad regulada por el derecho público. Si estamos frente a una actividad que debe ser asegurada por la Administración, es ineludible que las reglas de su organización y funcionamiento sólo pueden ser fijadas por ésta.

Por consiguiente la realidad muestra una incoherencia en primer lugar, de la integridad del ordenamiento jurídico en

sí mismo, que contempla por un lado los principios dogmáticos y filosóficos del Estado Social de Derecho, y por otro lado regula la privatización de tal actividad. En segundo lugar, el sistema de privatización que se ha consolidado legislativamente, no ha dado una respuesta adecuada a la realidad social, pues los hechos demuestran que la privatización no funciona para la clase media y menos para los pobres, pues como se ha evidenciado anteriormente, solo tienen acceso a este recurso vital quienes puedan pagar por ella.

Las concesiones a los particulares han significado que estos asumen la administración de la empresa estatal, cobrando por ello fuertes sumas de

dinero, para lo cual deben subirse fuertemente las tarifas, y las nuevas inversiones que deban hacerse salen, en lo fundamental, como minuciosamente se estudió, no de los aportes de los concesionarios, sino de las mismas tarifas.

Bajo este panorama, no se puede predicar la legitimidad del Estado colombiano, al evidenciar su falta de coherencia interna del ordenamiento jurídico, como la ausencia de coherencia externa, al no responder frente a una actividad de interés general y trasladar en manos de particulares ajenos a los intereses, necesidades básicas y derechos fundamentales de la colectividad.

Bibliografía

- BALLÉN, Rafael. *Ilegitimidad del Estado*. Segunda Edición. Bogotá, Temis, 2007, pág. 369,370.
- COLMENARES FACCINI, Rafael. www.ecodir.aecofondo.org.co
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Segunda Edición. LEGIS. pág. 136.
- ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Moscú, Progreso.
- HELLER, Herman. *Teoría del Estado*, México, F.C.E, 1974.
- HABERMAS, J. *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Francfort, Suhrkamp, 1982; y T. McCarthy, *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*, Madrid, Tecnos. 1987.
- HABERMAS, J. *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Tauros, 1981, pág. 266 (Rur Sekonstruktion des historischen Materialismus, Francfort, Suhrkamp, 1976, pág. 293.

WEBER, M. *Economía*, pág. 29.

PLATÓN, *República*, Libro II, 369c.

SAYAGUÉS LASO. *Tratado de derecho administrativo*, t.I, pág. 48 y ss.

SERRANO GÓMEZ, ENRIQUE. *Legitimación y nacionalización*. Weber y Habermas. La dimensión normativa de un orden secularizado. Barcelona, Antrophos. México, U. Autónoma Metropolitana. 1994.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. *Participación Ciudadana en Servicios Públicos Domiciliarios*. Bogotá, 2005.

<http://www.seraqua.com/sectorizacion.htm>

<http://www.seraqua.com/tarifas.html>