

MEMORANDO

2100

Bogotá D.C, miércoles, 06 de mayo de 2020

20202100012803

Al responder cite este Nro.
20202100012803

PARA: Diego E. Tiuzo G, Secretario General

DE: Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Evaluación jurídica para la autorización venta de agua bloque.

En atención a la solicitud elevada en la mesa técnica del día de hoy, previo a la sesión del Consejo Directivo del 06 de mayo de 2020, respecto de la facultad de venta de agua en bloque y la competencia para reglamentarla de parte del Consejo Directivo de la Agencia de Desarrollo Rural, nos permitimos pronunciarnos sobre el tema del asunto en los siguientes términos:

EN CUANTO A LA AGENCIA DE DESARROLLO RURAL

Conforme con lo dispuesto en la Ley 41 de 1993¹, *“el servicio público de adecuación de tierras (ADT) comprende la construcción de obras de infraestructura destinadas a dotar a un área determinada con riego, drenaje, o protección contra inundaciones, reposición de maquinaria; así como las actividades complementarias de este servicio para mejorar la productividad agropecuaria”*.

Así mismo, el artículo 8 de la ley en mención, señala que el Subsector de Adecuación de Tierras estará constituido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como organismo rector de las políticas en adecuación de tierras, por el Consejo Superior de Adecuación de Tierras, como organismo consultivo y coordinador de dichas políticas por el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT- junto con las entidades públicas y privadas, como organismos ejecutores, y por el Fondo Nacional de Adecuación de Tierras, como unidad administrativa de financiamiento de los proyectos de riego, drenaje y defensa contra las inundaciones.

¹ *Por la cual se organiza el subsector de adecuación de tierras y se establecen sus funciones*

Al respecto, la Ley 41 de 1993 estableció como función del HIMAT y demás organismos ejecutores de la política de adecuación de tierras, “(...) *promover y encauzar a nivel nacional la iniciativa de las comunidades rurales, cuando demanden la ejecución de proyectos de adecuación de tierras*”.

Vale la pena resaltar que las disposiciones que hacen referencia al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT-, deben entenderse hoy en día relacionadas a la Agencia de Desarrollo Rural

Lo anterior, por cuanto a partir de la vigencia de la Ley 99 de 1993 (artículo 17 parágrafo 2°) el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT- pasó a denominarse Instituto Nacional de Adecuación de Tierras - INAT.

Posteriormente, el INAT fue suprimido mediante el Decreto 1291 de 2003 y el Gobierno Nacional dispuso la creación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, mediante el Decreto 1300 de 2013, modificado por el Decreto 3759 de 2009, “*Por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, y se dictan otras disposiciones*”.

Posteriormente, el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2365 del 2015, decretó la supresión y liquidación del INCODER y por su parte, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, mediante el literal b) del artículo 107 de la Ley 1753 de 2015, se expidió el Decreto Ley 2364 de 2015, “*Por el cual se crea la Agencia de Desarrollo Rural, ADR, se fija su objeto y estructura*” siendo la entidad que por su naturaleza y misionalidad, le corresponde cumplir las funciones de organismo ejecutor de la política pública de adecuación de tierras.

Al respecto, el artículo 37 del Decreto Ley 2364 de 2015, señaló que las referencias normativas hechas al INCORA o al INCODER, en relación con los temas de desarrollo agropecuario y rural deben entenderse referidas a la Agencia de Desarrollo Rural.

Conforme con lo anterior, es claro que la Agencia de Desarrollo Rural actúa como Organismo ejecutor de la política de adecuación de tierras, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 41 de 1993.

En el proceso de entrega de bienes del INCODER a la ADR, en la Resolución No. 1415 de 2016, se encuentran una serie de Distritos y Proyectos de Distrito de Adecuación de Tierras, respecto de los cuales la ADR realiza el cobro por la prestación del servicio público de adecuación de tierras e inclusive, la recuperación de las inversiones por las obras de rehabilitación que se han realizado.

Para el cobro por la prestación del servicio público de adecuación de tierras, la ADR adoptó del extinto INCODER el Acuerdo No. 193 de 2009, en el cual se definen los costos por riego, drenaje, o protección contra inundaciones y para recuperación de la inversión, adoptó el Acuerdo No. 191 de 2009, en el cual se reglamenta lo relacionado con la recuperación del monto de las inversiones de las obras de Adecuación de Tierras, sin que dicho Instituto hubiese emitido normatividad para el suministro de agua bloque.

Es pertinente mencionar que conforme lo señalado en el artículo 5 de la Ley 41 de 1993, un distrito de adecuación de tierras corresponde a *“la delimitación del área de influencia de obras de infraestructura destinadas a dotar un área determinada con riego, drenaje o protección contra inundaciones”*.

Ahora bien, existen Distritos de Adecuación de Tierras que se estructuran como *“multipropósito”*, lo cual corresponde a obras de infraestructura en construcción, operación y/o administración de propiedad de la Agencia de Desarrollo Rural – ADR, destinada a la ejecución de actividades de captación, regulación y conducción de agua para fines de: Adecuación de Tierras (Riego, Drenaje y Control de Inundaciones), producción hidroeléctrica y suministro de agua con fines de consumo humano, entre otros.

En este sentido, el Proyecto de Distrito de Río Ranchería, es un proyecto multipropósito estratégico nacional, conforme con lo establecido en el CONPES 3362 de 2005², con el cual se busca adecuar con obras de riego y drenaje una extensión de 18.820 hectáreas, de las cuales 18.030 son explotables físicamente con riego y adicionalmente, **suministrar agua a los acueductos** de los municipios de Albania, Barrancas, Distracción, Fonseca, Hato Nuevo, Maicao, Manaure, San Juan del Cesar y Uribia.

Vale la pena mencionar que la Agencia cuenta dentro de sus activos heredados del extinto INCODER, con la Presa Multipropósito *“El Cercado”* localizada en la cuenca alta del río Ranchería, entre los municipios de San Juan del Cesar y Distracción, la capacidad de almacenamiento es de 198 millones de metros cúbicos para beneficiar 18.536 hectáreas, para su posterior aprovechamiento multipropósito, ya que a través del volumen de agua almacenada en el embalse se procurará mantener la disponibilidad de fuente hídrica necesaria para el aprovechamiento de:

- **Acueductos:** Abastecimiento de los sistemas de acueducto para nueve (9) Municipios del Departamento de La Guajira: San Juan del Cesar, Distracción, Fonseca, Barrancas, Hato Nuevo, Uribí, Manaure, Maicao y Albania; además de los distritos de riego Ranchería y San Juan del Cesar.

² Importancia estratégica de la construcción de la presa el cercado y las conducciones principales hacia las áreas de Ranchería y San Juan del Cesar

- **Agropecuario:** Con un área neta de riego de 18.530 hectáreas, distribuidas en dos Distritos de Riego con 3.000 ha y Ranchería con 15.530 incluyendo 500 ha de área adicional en las zonas de Chorreras, Mayabangloma y San Luís Pulgar.
- **Generación de Energía:** Teniendo en cuenta que con el nivel de embalse se puede generar energía eléctrica, a la salida del bloque distribuidos se dejó una toma para la instalación de una futura micro-central eléctrica, la cual contará con una capacidad instalada de 4.100kW que suministrará energía al área de influencia directa del proyecto.

Mediante la Resolución No. 3158 de 2005, CORPOGUAJIRA otorgó al Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural, la Licencia Ambiental del Proyecto Río Ranchería y los Distritos de Riego San Juan y Ranchería, la cual en su parte resolutive incluye los permisos y concesiones para el aprovechamiento de los recursos renovables listados a continuación:

- Permiso de concesión de agua superficiales
- Permiso de aprovechamiento forestal
- Permiso de vertimiento de aguas residuales
- Permiso de ocupación de cauce.

Posteriormente, en la Resolución No. 4360 de 2005 se modifican los artículos segundo y décimo y el párrafo del artículo séptimo, según lo expuesto en la parte considerativa de la Licencia Ambiental.

Mediante la Resolución No. 2524 de 2017, CORPOGUAJIRA autorizó la cesión total de derechos y obligaciones de la Licencia Ambiental para la construcción y operación del Proyecto Río Ranchería, Distrito de Riego Ranchería – San Juan del Cesar – Departamento de La Guajira, del INCODER en liquidación a la Agencia de Desarrollo Rural.

Finalmente, mediante el artículo 5 del Decreto 465 de 2020³, se incluyeron dos párrafos transitorios al artículo 2.2.9.6.1.7. del Decreto 1076 de 2015, estableciéndose lo siguiente en el segundo párrafo:

“Mientras se mantenga la declaratoria de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, la Agencia de Desarrollo Rural podrá permitir a los municipios aprovechar el agua

³ “Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con la adopción de disposiciones transitorias en materia de concesiones de agua para la prestación del servicio público esencial de acueducto, y se toman otras determinaciones en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno nacional a causa de la Pandemia COVID-19”

almacenada en los distritos de riego de Ranchería, Triángulo del Tolima y Tesalia-Paicol.

La Agencia de Desarrollo Rural informará mediante auto declaración a la Autoridad Ambiental Competente, el volumen utilizado.

El volumen utilizado para el propósito previsto en el presente parágrafo transitorio 2, se descontará del cobro de la tasa por utilización de agua de que trata el artículo 43 de la ley 99 de 1993”.

SUMINISTRO DE AGUA EN BLOQUE

El concepto del servicio de agua en bloque fue definido posterior a la expedición de la Ley 142 de 1994, a través del artículo 3.46 del Decreto Reglamentario 302 de 2000, modificado mediante el Decreto 229 de 2002, en el cual se señala que el “*Servicio de agua en bloque: Es el servicio que se presta **por las personas prestadoras de servicios públicos de acueducto** que distribuyen y/o comercializan agua a distintos tipos de usuarios.*”

Al respecto, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, presentó al público los estudios relativos al servicio de agua en bloque en Colombia y con ocasión de lo anterior, publicó la Resolución CRA No. 353 de 2005 “*Por la cual se presenta el proyecto de resolución “por la cual se establece la metodología de costos y las condiciones generales para el servicio de agua en bloque y se dictan otras disposiciones” y se inicia el proceso de discusión directa con los usuarios y agentes del sector*”.

En la mencionada resolución se definió el contrato del servicio de agua en bloque⁴ identificándolo como un contrato de suministro consistente en que una de las partes suministre a la otra agua en bloque para que ésta la distribuya y/o comercialice entre sus usuarios.

En esa medida, los contratos de servicio de agua en bloque surgen como consecuencia de actuaciones exclusivas de la órbita privada de las empresas prestadoras y según los resultados de las consultorías acogidas por la CRA, a través de la Resolución CRA 353 de 2005, su naturaleza jurídica corresponde a la de un *contrato típico*, como es el contrato de suministro previsto en el en el Libro Cuarto, Título III, del Código de Comercio, que no

⁴ Literal a del artículo 2

corresponde como tal a un contrato de servicios públicos en los términos del artículo 128⁵ de la Ley 142 de 1994.

En relación con lo anterior, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el Concepto SSPD-OJ-2009-930, expuso lo siguiente:

“(..). En otras palabras, el contrato de venta de agua en bloque es un contrato comercial que no corresponde como tal a un contrato de servicios públicos, en los términos del artículo 128 de la ley 142 de 1994. En esa medida, los contratos de venta de agua en bloque surgen como consecuencia de actuaciones exclusivas de la órbita privada de las empresas prestadoras, que no reflejan ninguna relación entre las empresas y los suscriptores o usuarios.

Así las cosas, a los contratos de venta de agua en bloque no les son aplicables las disposiciones sobre suspensión, terminación y corte del servicio, determinación del consumo facturable, instrumentos de medición del consumo, defensa de los usuarios en sede de empresa y demás situaciones que son propias de la ejecución de los contratos de condiciones uniformes, regulados por la ley 142 de 1994.

Ahora bien, atendiendo a que el suministro de agua en bloque es un contrato que tiene por objeto la entrega de unos volúmenes de agua en un punto, bajo ciertas condiciones de calidad y precio al comprador, las partes deberían atenerse precisamente a lo dispuesto en el contrato correspondiente en relación con dichos elementos. De hecho el artículo 14 de la mencionada resolución CRA 353 de 2005, establece que el precio del servicio de agua en bloque se negociará libremente entre las partes, teniendo en cuenta los valores máximos establecidos en dicha resolución.” (...).”

Sobre el valor de la venta de agua en bloque, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en Concepto No. 132 de 2013, concluyó que “*en materia de venta o suministro de agua en bloque, los prestadores del servicio público de acueducto que deseen adelantar dicha clase de negocio jurídico, pueden orientarse por las reglas generales planteadas para discusión en la Resolución CRA 353 de 2005 y en todo caso, regir su relación de acuerdo con las estipulaciones contractuales que para tal efecto las partes acuerden de común acuerdo*”.

⁵“CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.”.

De lo anterior se concluye que la naturaleza jurídica del servicio de agua en bloque como contrato de suministro, se define en el artículo 968 del Código de Comercio, así: *“el suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”*.

Así mismo, en el Código de Comercio también se desarrollan distintas previsiones legales aplicables al contrato de suministro, entre las cuales incluye una en particular, la del artículo 978 que indica que *“Cuando la prestación que es objeto del suministro esté regulada por el Gobierno, el precio y las condiciones del contrato se sujetarán a los respectivos reglamentos.” (Destacado fuera de texto)*

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2000, sostuvo que: *“Si bien el contrato de suministro, en general, se encuentra regulado en los artículos 968 a 980 del Código de Comercio, y normas relativas a los contratos que sean concordantes con aquél, resulta que no es cierto que el mismo se encuentre regulado en su integridad, (...) sino que en ellos apenas se encuentra un marco general, tanto que el artículo 978 del mismo ordenamiento dispone que cuando la prestación que es objeto del suministro esté regulado por el Gobierno, el precio y “las condiciones” del contrato “se sujetarán a los respectivos reglamentos”*.

De lo anterior se concluye que el precio y las condiciones generales del contrato de suministro de agua en bloque deben ser reglamentadas al interior de la ADR, por el máximo órgano directivo de la entidad, el cual es el Consejo Directivo⁶.

Lo anterior, teniendo en cuenta las siguientes funciones asignadas al Consejo Directivo en el artículo 9 del Decreto Ley 2364 de 2015, a saber:

“1. Orientar el funcionamiento general de la Agencia y verificar el cumplimiento de los objetivos, planes y programas adoptados y su conformidad con las políticas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

(...)

11. Impartir las directrices de coordinación intra e interinstitucionales para la ejecución de las actividades a cargo de la Agencia”.

⁶ Artículo 6 del Decreto Ley 2364 de 2015.

El presente concepto se emite en desarrollo de la función prevista en el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015 y con el alcance establecido en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,



CLAUDIA PATRICIA PEDREROS CASTELLANOS

Elaboró: Nhazly Marcela Correa Bustos, Abogada Oficina Jurídica 
Revisó y aprobó: Catherine Piraquive Monroy, Abogada Oficina Jurídica 