

MEMORANDO

2100

Bogotá, miércoles, 19 de agosto de 2020

20202100023573

Al responder cite este Nro.
20202100023573

PARA: Eduardo Carlos Gutiérrez Noguera, Vicepresidente de Integración Productiva

DE: Jefe de la Oficina Jurídica

ASUNTO: Respuesta Memorando 20203300017983 – Concepto jurídico cobro de las tarifas distrito Valle del Sibundoy

Cordial saludo,

En atención al radicado del asunto, por medio del cual solicita *“concepto jurídico sobre, si se debe o no cobrar tarifa fija y de reposición de maquinaria a los usuarios del Distrito que nos ocupa, resaltando que la mayoría de los usuarios son indígenas y colonos, y, las entidades antecesoras no les cobraron la prestación del servicio de adecuación de tierras”* previo a pronunciarse al respecto, es necesario realizar las siguientes precisiones:

SERVICIO PÚBLICO DE ADECUACIÓN DE TIERRAS

En el artículo 3¹ de la Ley 41 de 1993², se define el servicio público de adecuación de tierras, así:

“Artículo 3°. Servicio público de adecuación de tierras. 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. Esto último de acuerdo con la reglamentación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, de conformidad con lo dispuesto en el literal d) sobre costos del artículo “Sistema y método para la determinación de las tarifas”.

En la mencionada ley se dispuso la creación de la tasa del servicio público de Adecuación de Tierras³ y se definió el sistema y el método para la fijación de las tarifas que se cobran como recuperación de los costos asociados a la prestación del servicio público de adecuación de tierras que se constituyen como la base gravable para la liquidación⁴.

Es preciso mencionar que el sistema para determinar los costos sobre cuya base haya de calcularse la tarifa de adecuación de tierras, se encuentra contenido en el artículo 16B de la Ley 41 de 1993, adicionado por el artículo 257 de la Ley 1955 de 2019, el cual es el siguiente:

¹ Modificado mediante el artículo 256 de la Ley 1955 de 2019.

² *“por la cual se organiza el subsector de adecuación de tierras y se establecen sus funciones”.*

³ Artículo 16A de la Ley 41 de 1993

⁴ Artículo 16B Ibídem.

“a) Tarifa Fija: se calcula a partir de la sumatoria de los costos de administración y de la proporción de los costos de operación y conservación que establezca el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, dividida sobre el área del distrito de Adecuación de Tierras. Para establecer el valor que le corresponde pagar a cada usuario por concepto de esta tarifa, se multiplica por el área beneficiada de cada predio.

b) Tarifa Volumétrica o de aprovechamiento: se calcula a partir de la sumatoria de la proporción de los costos de operación y conservación, más el costo por utilización de aguas que el distrito de Adecuación de Tierras cancela a la autoridad ambiental competente, dividida por el volumen de agua anual derivado en bocatoma. Para establecer el valor que le corresponde pagar a cada usuario por concepto de esta tarifa, se multiplica por el volumen del agua entregado a cada usuario.

c) Tarifa por prestación de actividades para mejorar la productividad agropecuaria: se calcula a partir de la sumatoria de los costos fijos y variables de las actividades complementarias para mejorar la productividad agropecuaria, dividido entre el número de beneficiados por dichas actividades. Esta tarifa se cobrará únicamente a los usuarios del distrito de Adecuación de Tierras que soliciten al prestador del servicio público la prestación de dichas actividades.

d) Tarifa para reposición de maquinaria: se calcula a partir del valor anual de depreciación de la maquinaria, dividido sobre el área total del distrito de Adecuación de Tierras. Para establecer el valor que le corresponde pagar a cada usuario por concepto de esta tarifa, se multiplica por el área de cada predio”.

Aunado a lo anterior, en el Acuerdo 193 de 2009⁵, expedido por el extinto INCODER, se contempló el costo de reposición de maquinaria, como el “fondo de reposición de la maquinaria requerida para el mantenimiento del distrito, la cual debe ser reemplazada una vez haya cumplido su vida útil”⁶ y se estipularon las opciones de tarifas a cobrar, conforme con los servicios que se presten en cada Distrito de Adecuación de Tierras, a saber:

“a) Tarifas por servicios: Estos recaudos cubrirán los costos de administración, operación y mantenimiento del Distrito, al igual que la contribución, que de acuerdo con la ley, se debe pagar a la Corporación Autónoma Regional por concepto de los gastos en que incurra para la protección y renovación de los recursos hídricos en la cuenca que abastece el Distrito. La tarifa por servicios, se ha dividido en dos tipos de tarifa:

a) 1. La tarifa fija o básica (T.F.), calculada sobre el área beneficiada del predio, y
a) 2. La tarifa volumétrica o de aprovechamiento (TV.), calculada sobre la cantidad de agua para riego suministrada en la toma predial a cada usuario.

b) Tarifa para Reposición de Maquinaria y Equipo (TRME): recaudo destinado a cubrir los gastos de la reposición de la maquinaria y equipo del distrito, una vez cumpla su vida útil”.

Conforme con lo anterior, se tiene que el sistema del cobro por la prestación del servicio público de adecuación de tierras está compuesto por las tarifas anteriormente descritas, es decir, tarifa fija, tarifa volumétrica o de aprovechamiento, tarifa por prestación de actividades para mejorar la productividad agropecuaria y tarifa para reposición de maquinaria.

⁵ “Por el cual se definen los lineamientos para establecer las tarifas aplicables a los usuarios de los distritos de Adecuación de Tierras ejecutados por el Incoder”.

⁶ Numeral 8 del artículo 5 del Acuerdo 193 de 2009.

DISTRITO DE ADECUACIÓN DE TIERRAS DEL VALLE DE SIBUNDOY

Adicional a la descripción de los antecedentes del mencionado Distrito, realizada en el memorando del asunto, es importante analizar la información relacionada con el estado de la cartera, contenida tanto en el Acta de entrega y recibo del Distrito de Adecuación de Tierras del Valle de Sibundoy⁷, como en la Resolución No. 1415 de 30 de noviembre de 2016⁸.

“A nivel operativo el distrito de drenaje presenta un déficit en cuanto a su autofinanciamiento en lo que respecta a su Administración, operación y conservación, debido a que no se ha generado una cultura de pago, por parte de los usuarios, que se ampara en el documento del Instituto Colombiano de Hidrología, Metrología y Adecuación de Tierras “Estudios, diseños e implementación del Sistema de Recuperación de Cartera en los distritos de Adecuación de Tierras”, contrato 293 de 1993, Consult Plan Ltda., julio de 1994.

En el numeral 4.2.2. Política Institucional en el cobro de tarifas “Desde el Acuerdo 063 de mayo de 1984, que dispuso suspender el cobro de la tarifa fija establecida por el Artículo 2 del Acuerdo 195 de 1983 ... mientras el congreso de la República decida lo pertinente ... que correspondía al compromiso adquirido por el director general del HIMAT, ante la Junta Directiva de la Asociación de Usuarios, en reunión del 28 de abril de 1984, en el sentido de presentar un proyecto de Ley de Exoneración del pago de tarifas, pasando por el señalamiento de tarifas diferenciales por Etnias y no por criterios técnicos y económicos, tal como se hizo desde 1991, por la Junta Directiva del Himat, a través de sucesivos Acuerdos en los que determinó tarifas fijas por hectárea/año distintas para las áreas de colonos y para indígenas (\$3.000 para los primeros y \$2.600 para los segundos)”, debido a esto, a los usuarios del distrito no se les realiza ningún tipo de facturación para el cobro del servicio de adecuación de tierras”.

COBRO POR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 365⁹ y 367¹⁰ de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y éste debe asegurar su

⁷ ACTA INCODER EN LIQUIDACIÓN 0010 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2016 - ACTA ADR A06 DE 06 DE DICIEMBRE DE 2016

⁸ “Por medio de la cual se trasfiere a Título Gratuito derecho de dominio y posesión que tiene el Incoder en Liquidación sobre los Distritos de Adecuación de Tierras de “ROLDANILLO, LA UNIÓN, TORO - RUT”, LA DOCTRINA, SANTA LUCÍA, VALLE DEL SIBUNDOY, MONTERÍA – MOCARÍ, REPELON, MANATÍ, ZULIA, ABREGO, LEBRIJA, RIO FRIO, ARACATACA, TUCURINCA, MARIA LA BAJA, CHICAMOGA y FIRAVIDOVA” y los proyectos de TESALUA – PAICOL, RANCHERÍA Y TRIANGULO DEL TOLIMA a la Agencia de Desarrollo Rural”

⁹ “Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

¹⁰ “Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas”.

prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, lo que conlleva a que la prestación del mismo implique un carácter oneroso.

Así las cosas, el costo por la prestación del servicio público es el soporte esencial del actual régimen tarifario consagrado en la Ley 41 de 1993 y en el Acuerdo 193 de 2009, y tal como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-580 de 1992, con dicho régimen se atiende *“una racional determinación de los costos de las tarifas, mediante el aseguramiento de los activos de las entidades de servicio público, con el fin de garantizar su financiación, ajustando las tarifas a los cambios en los costos reales”* y con el cual *“se remunera los costos que fueron necesarios para la prestación del servicio, en atención al principio de onerosidad de los servicios públicos, consagrado constitucionalmente”*.

Respecto al carácter oneroso de los servicios públicos, la mencionada Corte en la sentencia C-493 de 1997, hizo énfasis en que *“pese a quedar “supérstite en pocos servicios”, actualmente la idea de gratuidad ha sido abandonada, siendo los servicios públicos, por regla general onerosos y “surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de conceptos de justicia y equidad (numeral 9o. artículo 95 y artículo 368 ibídem)”*.

Las anteriores posiciones fueron reiteradas por la Corte Constitucional en la sentencia C-041 de 2003, en los siguientes términos:

*“El concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (art.367) y ha surgido, en cabeza de los particulares, la obligación de contribuir al financiamiento de los **gastos en los que incurra el prestador del servicio** dentro de los criterios de justicia y equidad (arts. 95, 367, 368 y 369 C.P.). Para determinar los costos una serie de factores que incluyen no sólo el valor del consumo de cada usuario sino también los **aspectos económicos que involucran su cobertura y disponibilidad permanente de manera tal que la prestación sea eficiente.***

(...)

Teniendo en cuenta que la prestación del servicio ha de ser eficiente y que debe respetar los principios de solidaridad y universalidad, las empresas que proporcionan el bien o servicio no pueden trabajar a pérdida, es decir, deben recuperar los costos en que incurran y asegurarse de obtener recursos para poder invertir en el mismo sector con el fin de tener unos mínimos beneficios que se traduzcan en mayor competitividad y mejores beneficios para los usuarios. De esa manera los costos fijos a los que alude la norma demandada, es decir los que reflejan los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independiente del nivel de uso, hacen que el prestador del servicio reciba cierto dinero con el cual, dentro de la libre competencia, se logre que la empresa sea viable y garantice la disponibilidad permanente del servicio y su prestación de manera eficiente (art. 333 C.P.).”

En el mismo sentido, dicha Corte en la sentencia C-353 del 9 de mayo de 2006, se refirió al principio de “no gratuidad” de los servicios públicos, así:

“Cabe recordar, que como ya lo ha considerado la Corte, el establecimiento de un cargo fijo no vulnera la Constitución, por cuanto con el cargo fijo contemplado en el artículo impugnado el Estado no se despoja de su función de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos, pues la gratuidad de los servicios públicos domiciliarios no está contemplada por el Constituyente de 1991 y además dentro de los deberes de toda

persona se encuentra el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado. La tarifa que se paga por la prestación de un servicio público domiciliario está vinculada no sólo con el nivel de consumo del usuario, sino con los costos en que incurre la empresa respectiva para poder brindar el bien o servicio en condiciones de competitividad y está determinada por el beneficio que finalmente recibe el usuario. El sólo hecho de que el prestador del servicio esté disponible para brindar el mismo genera costos, los cuales son independientes del consumo real que se efectúe”.

Conforme con lo anterior, se puede concluir que no es posible exonerar a ninguna persona natural o jurídica del pago de los servicios públicos, dado que estos se fundamentan en los criterios de costos, adicional a que la gratuidad de los mismos no está contemplada por el Constituyente de 1991, tanto en los servicios públicos domiciliarios como en los demás servicios públicos consagrados legalmente, como lo es el caso que nos ocupa, en el entendido que el servicio público de adecuación de tierras, está catalogado como tal en la Ley 41 de 1993.

Además, es importante tener en cuenta que conforme con lo establecido en el numeral 9 del artículo 95¹¹ de la Constitución Política de Colombia, dentro de los deberes de toda persona se encuentra el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.

CASO SIMILAR: SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Con fines ilustrativos, es preciso traer a colación el concepto jurídico SSPD – OJ 2009-803 emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios respecto de la exoneración del pago de los servicios públicos, en los siguientes términos:

“Ahora bien, respecto a su primera inquietud, debemos mencionar que si bien, a la luz del artículo 2 de la Ley 89 del 25 de noviembre de 1890¹², hay quienes han considerado que los resguardos indígenas no están sometidos a las leyes generales de la República, y por tanto no debe cobrárseles suma alguna por concepto del pago de los servicios públicos, en particular el de aseo, lo cierto es que esta Superintendencia ha sido enfática al conceptuar¹³ que a partir de nuestra Carta Política de 1991, no es posible exonerar a ninguna persona natural o jurídica del pago de los servicios públicos, lo cual incluye, por supuesto, a los asentamientos, comunidades y resguardos indígenas.

Además, por aplicación del artículo 2 de la ley 732 de 2002, que desarrolla la Ley 142 de 1994 en materia de estratificación socioeconómica y, por ende, de la Constitución, los asentamientos indígenas ubicados en la zona rural dispersa recibirán un tratamiento especial en materia de subsidios y contribuciones, y serán considerados como usuarios de estrato uno (1) para efectos del pago de los servicios públicos, hasta tanto el DNP efectúe la correspondiente clasificación¹⁴”.

¹¹ “Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.”

¹² “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”

“Artículo 2: Las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de resguardos.”

¹³ Ver concepto SSPD-OJ-2009-659.

¹⁴ Hasta donde conocemos, a la fecha el DNP no ha efectuado la mencionada clasificación, razón por la cual entendemos que sigue aplicando el inciso cuarto del artículo 2 de la ley 732 de 2002.

La anterior posición fue desarrollada de manera semejante en el concepto jurídico SSPD – OJ 2015-181, en el cual se sostuvo lo siguiente:

“(...) Inicialmente es preciso indicar, que el numeral 9o del artículo 99 de la Ley 142 de 1994, prohíbe la gratuidad en los servicios públicos, cuando señala que “...no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley, para ninguna persona natural o jurídica.”

La Corte Constitucional (5) al declarar exequible el numeral 90.2 del artículo 90 Ley 142 de 1994, se refirió a este aspecto, en los siguientes términos:

“...el concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (art.367) y ha surgido, en cabeza de los particulares, la obligación de contribuir al financiamiento de los gastos en los que incurra el prestador del servicio dentro de los criterios de justicia y equidad (arts. 95, 367, 368 y 369 C.P.). Para determinar los costos una serie de factores que incluyen no sólo el valor del consumo de cada usuario sino también los aspectos económicos que involucran su cobertura y disponibilidad permanente de manera tal que la prestación sea eficiente. Precisamente con tal fin la Constitución prevé que sea la ley la que fije no sólo las competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, sino el régimen tarifario, en el cual se tendrán en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos...”

De acuerdo con lo expuesto y para efectos de resolver su consulta, se concluye que tal como lo precisó el artículo 99.9 de la Ley 142 de 1994, “...no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley, para ninguna persona natural o jurídica.”, es decir que los usuarios o suscriptores de las comunidades indígenas no están exentos de pago del servicio.”

DEL CASO EN PARTICULAR

Conforme con los aspectos analizados en el presente documento, se puede concluir que en virtud de lo establecido en nuestra Constitución, no es posible exonerar a ninguna persona natural o jurídica del pago de los servicios públicos, lo cual incluye, a los asentamientos, comunidades y resguardos indígenas y no existe evidencia de una reglamentación acerca de la exoneración en el cobro por la prestación del servicio público de adecuación de tierras en el Distrito de Adecuación de Tierras del Valle del Sibundoy, que haya sido expedida por el Congreso de la República.

No obstante, el hecho de que constitucional y legalmente no exista exoneración en el pago de los servicios públicos no debe confundirse con la posibilidad, también constitucional, de que las personas de menores ingresos sean subsidiadas para pagar las tarifas de los servicios públicos, ya sea a través del pago de contribuciones por parte de los usuarios con mayor capacidad de pago¹⁵, o mediante subsidios concedidos por la Nación y las entidades territoriales en sus respectivos presupuestos¹⁶.

Sin embargo, es preciso resaltar que sólo a través de la expedición de una norma de carácter legal, esto es, de la misma naturaleza de la disposición que consagró la onerosidad en la

¹⁵ Numeral 9 del artículo 95 y artículo 338 de la Carta Política

¹⁶ Artículo 368 Ibídem

prestación del servicio público de adecuación de tierras podría modificarse tal previsión legal, así como el posible establecimiento de tarifas especiales o diferenciales que beneficien dicha comunidad.

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 1437 de 2011 sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA PEDREROS CASTELLANOS

Anexos: 0
Copia: N/A

Elaboró: Nhazly Correa Bustos, Contratista Oficina Jurídica *NC*
Revisó: Rosa Estela Padrón Barreto, Gestor Oficina Jurídica *R.P.B*