

**EVA DEL PILAR PLATA SARMIENTO**

**LA IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO ABUSIVO DEL CONTRATO DE  
SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

**(Doctorado en Derecho)**

**Bogotá D.C., Colombia**

**2016**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
DOCTORADO EN DERECHO**

**Rector:** **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

**Secretaria General:** **Dra. Martha Hinestroza Rey**

**Director del Doctorado:** **Dr. Édgar Cortés Moncayo**

**Director de Tesis:** **Dr. Alberto Montaña Plata**

**Examinadores:** **Dr. Jorge Iván Rincón**

**Dr. Aníbal Zárate**

**Dr. Ernesto Rengifo**

**Dr. Camilo Rodríguez**

**Dr. Carlos Pablo Márquez**

Dios gracias porque siempre me has permitido evidenciar en cada una de las decisiones asumidas en mi vida tu total respaldo.

Ad portas de lograr el reto de alcanzar el título de Doctorado, tu luz infinita sea la guía idónea que me permita con sabiduría sustentar este trabajo de varios años, en los que gracias al acompañamiento de quien con entrega y sacrificio decidió asumir la dirección –Dr. Alberto Montaña Plata, ahora se presenta como resultado final. Sea esta la oportunidad para reiterarle mi infinito agradecimiento al Dr. Montaña no solo por lo que me permitió aprender respecto de su área de experticia, además me enseñó que no importa cuán apretada sea la agenda siempre habrá un espacio para aprender y hacer las cosas bien.

A mis más entrañables seres amados, mis padres, mi hermana, hermano, mi esposo y los regalos más maravillosos mis hijos Gustavo Adolfo e Isabella, quienes con su apoyo incondicional siempre me dieron la mano para no desfallecer.

Agradezco a la Universidad Santo Tomás – Bucaramanga, en su momento bajo la Rectoría del P. Carlos Díaz, O.P., y el Decano de División de Ciencias Humanas, P. Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P, quienes depositaron su confianza para permitirme adelantar este proceso Doctoral. Al P. Faustino Corchuelo Alfaro, Mons. Omar Alberto Sánchez Cubillos, y demás directivas de la Universidad quienes me permitieron dar continuidad al objetivo ya trazado.

A los integrantes del grupo de investigación Neoconstitucionalismo y Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás – Bucaramanga, quienes con sus constantes críticas me ayudaron a comprender que la labor investigativa es constante, no es fácil pero tampoco imposible. Aprovecho para hacer una mención especial a mi compañero de

clase y de propósito en la finalización de la tesis doctoral – Ab. Rodolfo Delgado Gamboa, quien desde los viajes y acompañamiento al programa, fue baluarte y guía para asumir el reto de trascender en esta ciudad capital, de grandes oportunidades.

Pbro. Gustavo Peña Blanco a quien no puedo dejar de mencionar pues de manera incondicional asumió la lectura del texto de la tesis y sus valiosas recomendaciones. Quedando por entero los errores atribuibles a la suscrita.

A la Universidad Externado de Colombia – Programa de Doctorado en Derecho, en cabeza de su Dirección, Coordinación y Personal Administrativo quienes siempre estuvieron atentos a las inquietudes planteadas y por ser la guía idónea en la realización del doctorado y la consecución de este propósito.

Como siempre que se hace mención específica de personas se corre el riesgo de pasar por alto a amigos igualmente valiosos, aprovecho para agradecerles porque su presencia fue imprescindible en este proceso que por varios años adelanté, me alentaron y me dieron la fuerza necesaria para conducirlo en el momento oportuno.

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN .....	x
1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y SUS USUARIOS.	
BASES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO COLOMBIANO .....	1
A. LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO COMO SUPUESTO	
CONCEPTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	2
A.1 SERVICIO PÚBLICO Y FORMA DE ESTADO .....	4
A.2 TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU VIGENCIA .....	19
A.3 CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	
DOMICILIARIOS .....	33
B. CONTENIDO MATERIAL DE LA CATEGORÍA - SERVICIOS	
PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	48
B.1 EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL Y ACTUALIDAD DEL TEMA	
DE LOS SPD EN COLOMBIA .....	49
B.2 DESARROLLO LEGAL DE LOS SPD EN COLOMBIA .....	60
B.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO DE SPD EN COLOMBIA .....	77
C. LOS CONSUMIDORES – USUARIOS DE LOS SERVICIOS	
PÚBLICOS EN GENERAL Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS	
DOMICILIARIOS EN PARTICULAR. ESPECIFICIDAD SUBJETIVA	
CON IMPLICACIONES NORMATIVAS .....	88
C.1 EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE	
LOS DERECHOS COLECTIVOS .....	89
C.2 LOS USUARIOS DE LOS SPD EN COLOMBIA UNA MIRADA	
DESDE EL DERECHO POSITIVO .....	97
C.3 NATURALEZA DE LA RELACIÓN PRESTADOR – USUARIO DE	
LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	103
2. CONTROL AL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS	
DOMICILIARIOS EN RAZÓN DE LA FUNCIÓN QUE CUMPLE .....	111

A. EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA Y RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE .....	112
A.1 IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL CONCEPTO CIVIL DE CONTRATO Y SU INCIDENCIA EN LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE SPD .....	113
A.2 EL CONTRATO DE CONDICIONES GENERALES Y EL CONTRATO DE ADHESION, CONCEPTOS DIFERENCIADOS CARACTERÍSTICOS DEL CONTRATO DE SPD .....	124
A.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	135
B. ESTRUCTURA DE CONTROL COMO CONSECUENCIA DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO .....	146
B.1 GENERALIDADES DE LA REALIZACIÓN DEL CONTROL.....	148
B.2 SURGIMIENTO DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA Y SU PAPEL DE CONTROL .....	152
B.3 LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, ORGANISMO DE VIGILANCIA Y CONTROL .....	166
C. CONTROLES DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. PECULIARIDADES DEL MODELO COLOMBIANO..	173
C.1 NECESIDAD DE CONTROL AL CONTRATO DE SPD .....	176
C.2 DIFERENTES FORMAS DE CONTROL AL CONTRATO DE SPD .....	179
C.3 INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. ASPECTOS ECONÓMICOS .....	194
3. CONTROLES REGULATORIOS A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. DELIMITACIÓN ADMINISTRATIVA DE LO “ABUSIVO” .....	201
A. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO .....	203
A.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA.....	207

A.2 EL ABUSO DEL DERECHO Y EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE INCIDENCIA EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	226
A.3 ANÁLISIS E IDENTIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA .....	242
B. ALCANCES Y CONTROLES A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SPD.....	247
B.1 EFECTO JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS .....	249
B.2 CONTROLES FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN MATERIA DE SPD .....	254
B.3 NORMATIVIDAD APLICABLE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTEXTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS...	260
C. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE INTERVENCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS A EFECTOS DE EVITAR LA PRESENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	266
C.1 AUSENCIA DE PRACTICIDAD DE LA EXISTENCIA DE LISTAS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS FRENTE A LAS DIVERSAS SITUACIONES QUE PUEDEN GENERAR SU PRESENCIA EN EL CONTRATO.....	269
C.2 LÍMITES A LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y LA VALORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	275
C.3 MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN DE ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SPD EN COLOMBIA.....	279
CONCLUSIONES .....	297
BIBLIOGRAFÍA.....	310

## **PREGUNTA CENTRAL**

¿Cuáles son los criterios que determinan el carácter abusivo de las disposiciones de los contratos de servicios públicos domiciliarios en Colombia?



## TABLA DE ABREVIACIONES

Art.:	Artículo
Arts:	Artículos
CA.:	Cláusula Abusiva
Cód. Civ.:	Código Civil
C. Co.:	Código de Comercio Colombiano
C.E.:	Consejo de Estado
Cfr:	Confrontar
C.P.:	Constitución Política de 1991
C. de P. C	Código de Procedimiento Civil
CR.:	Comisión de Regulación
CRA:	Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico
CRC:	Comisión de Regulación de Comunicaciones
CREG:	Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas
CRT.:	Comisión de Regulación de Telecomunicaciones
ED.:	Estado de Derecho
Ed.:	Edición
ESD.:	Estado Social de Derecho
No CA.:	No cláusula abusiva
OB.:	Objeto de la prestación del SPD
PQR.:	Peticiones, Quejas y Recursos
Sentencia T:	Sentencia de Tutela. Corte Constitucional Colombiana
Sentencia C:	Sentencia de Constitucionalidad. Corte Constitucional Colombiana
SPD:	Servicios Públicos Domiciliarios
SSPD:	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
V.:	Valoración de la prestación del servicio
VC.:	Valoración del contenido o del íter contractual

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad el derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios (de aquí en adelante, SPD) cuenta con un interés creciente<sup>1</sup>. Algunos especialistas en el tema lo han abordado como una disciplina propia e independiente. Otros, en cambio, lo han estudiado desde el ámbito del derecho administrativo o del derecho privado, todo ello según el asunto de interés que se quiera revisar<sup>2</sup>.

De cualquier manera, los avances que sobre este tema se deseen realizar deben estar en consonancia con lo preceptuado en la Constitución Política, debido a dos razones: en primer lugar, porque esta como norma de normas marca el derrotero de las consideraciones del régimen positivo que los debe cobijar. Por otra parte, con ocasión del reconocimiento que se les da a los SPD en el contexto del Estado Social de Derecho.

El estudio de los SPD invita a reflexionar no solo acerca de su conceptualización, para entender su papel en el Estado colombiano. Sino que también abre un espacio de investigación respecto del receptor de esta clase de servicios: el *usuario*, persona que para el presente trabajo se constituye en un sujeto de especial atención, a partir de los mecanismos de protección que le han sido atribuidos.

---

<sup>1</sup> Esto teniendo en cuenta que hacen parte de los denominados servicios públicos que para el caso colombiano constituyen una forma *sui generis* dentro de la teoría que los ilumina. Además constituyen un elemento de desarrollo de los individuos, de su proceso de desenvolvimiento social. Otra arista de su especial interés está dada en razón de la función que les ha sido dada constitucional y legalmente a partir de su consagración como servicios esenciales. Todo ello justifica en gran medida la aplicación de un régimen jurídico diferenciado y que sean objeto de reflexión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en los últimos años.

<sup>2</sup> “Tratándose del régimen jurídico de las actuaciones de los prestadores de los SPD, el legislador optó por una regla general de derecho privado, y sólo excepcionalmente por la procedencia del derecho público y específicamente administrativo”. MONTAÑA, Plata Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición 2005, p 220.

En este contexto cabe advertir que los usuarios cuentan con un escenario constitucional propio. El Art. 369 de la C.P. de manera específica asigna al Congreso de la República la tarea de legislar respecto de estos sujetos en asuntos tales como su definición, deberes, derechos, régimen de protección, formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio, así como su participación. En este orden de ideas, es preciso resaltar que los usuarios no solo son sujetos pasivos de las normas que los regulan, sino que cumplen un papel activo al contribuir en la vigilancia de la prestación de los servicios, de tal manera que esta última se dé en condiciones de eficiencia y calidad.

A pesar de que el usuario de SPD cuenta con un referente constitucional específico, ya enunciado en el párrafo anterior, es preciso anotar que éste retoma aspectos considerados en normativas asociadas a los *consumidores*. Cabe aclarar que el *usuario* goza de unas características especiales que lo diferencian del *consumidor*, tal como se verá en el desarrollo de este documento.

Es preciso también registrar que al lado de cada derecho hay un deber. La protección de los usuarios constituye el pilar fundamental que soporta el desarrollo armónico de unos derechos que buscan la materialización de la existencia digna de la persona<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992. En este proceso la Corte estudia la demanda presentada en razón de “la vulneración del derecho al debido proceso administrativo (CP art. 29) por parte de las entidades públicas y privadas encargadas de la prestación de servicios públicos, las cuales convinieron la facturación y cobro conjunto de los servicios de energía y aseo, con la posibilidad de ampliarla a los servicios de agua y alcantarillado, sin la participación de los usuarios de los mismos: ...Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de sus miembros...”.

En el proceso de formalización de la relación usuario – prestador, el contrato se constituye en el instrumento a través del cual se rigen los diferentes aspectos relativos al suministro de los servicios públicos domiciliarios. En este sentido, siendo coherentes con el propósito de consolidar las herramientas de protección de los usuarios, se analizará el contrato, que se suscribe con las empresas prestadoras, con el fin de revisar el tema correspondiente a las cláusulas abusivas en su contenido.

El legislador respecto de las cláusulas incorporadas al contrato de condiciones uniformes ha establecido unas presunciones de abusividad, las cuales permite sean valoradas por el órgano competente para estudiar el servicio respectivo. En tal sentido se hace necesario brindar elementos objetivos de valoración de las mismas en garantía del ejercicio de los derechos con que cuentan los usuarios de los SPD y a su vez ofrecer herramientas de juicio a las Comisiones de Regulación a quienes se les ha encargado dicha tarea.

Bajo las anteriores consideraciones es preciso señalar, que el contrato<sup>4</sup> se revela como un acto jurídico a través del cual se crean obligaciones en el mundo jurídico, y es resultado de un acuerdo de voluntades; independientemente de cómo se de la manifestación de estas, este elemento se considera esencial en la materialización del querer de las partes. Y esto es así en razón a que nadie está obligado a contratar más allá de lo que desea para satisfacer sus necesidades, situación que se puede evidenciar en

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional sentencia C-624 de 1998 – Expediente: D-2054. Mediante este proceso se resolvió la demanda impetrada frente a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 75 de la Ley 222 de 1995, "Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones [...] el contrato es una de las principales herramientas para la circulación social de bienes y servicios, y el ejercicio simultáneo de derechos y obligaciones económicas, debe entenderse que "la libertad de contratación" es un elemento del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa. En efecto, el contrato resulta un instrumento indispensable para el desarrollo de la libertad de empresa ya que sin éste "no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la configuración y funcionamiento de los mercados"

relación con los SPD que además se constituyen en herramienta de desarrollo de la persona como tal.

El contrato de servicios públicos domiciliarios no es ajeno a los elementos esenciales de todo contrato, no obstante tiene características particulares en razón de la necesidad de establecer un clausulado alejado de estipulaciones que puedan resultar lesivas para los intereses de los usuarios de estos servicios.

Ante la realidad constitucional que irradia la temática de los servicios públicos domiciliarios en relación con la protección de los usuarios de los mismos, se centrará el objeto de investigación en la puesta en común de elementos objetivos de valoración de las cláusulas incorporadas a los contratos de SPD, a fin de evitar la inclusión de disposiciones que puedan resultar abusivas o lesivas para los intereses de los sujetos receptores de estos servicios, a quienes se les ha denominado usuarios.

La estructura del presente trabajo tiene como soporte las anteriores premisas y se divide en tres partes, que conducen a proponer herramientas objetivas de valoración de las cláusulas abusivas dentro de los contratos de servicios públicos domiciliarios.

En una primera parte se analizará el concepto de servicio público domiciliario, a partir del cual se presentará un estudio acerca del desarrollo de los mismos en el contexto del derecho colombiano, máxime cuando se han calificado como una categoría especial y con peculiaridades propias de nuestro ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta que los SPD hacen parte del concepto de servicio público en general, se señalarán los aspectos referentes a su contextualización dentro del modelo de Estado Social de Derecho, a partir de las diferentes circunstancias históricas que han incidido

para moldearlos y darles contenido, y así comprender la razón de ser de su existencia. A su vez se estudiará el concepto de usuarios, que en el contexto de los SPD gozan de unas características especiales que los diferencia del concepto general de consumidores.

En este sentido, y con el fin de armonizar la relación existente entre la prestación del servicio y los sujetos que se benefician de esta, es decir, prestador - usuario de los servicios públicos domiciliarios, se desarrollará en la segunda parte el argumento del contrato como instrumento jurídico que contiene los elementos generales de derechos y deberes que involucran la puesta en marcha de la prestación del servicio, conducente a la satisfacción de una necesidad particular específica. A partir de este estudio se analizará la naturaleza jurídica del contrato, cuál es la normatividad que lo rige a fin de comprender la forma de realizar y dar contenido a un clausulado que es impuesto a los usuarios, precisamente por ser este un contrato de adhesión o como lo ha catalogado la Corte Constitucional, de condiciones uniformes<sup>5</sup>.

La última cuestión que ocupará nuestra atención y constituirá el cierre del presente trabajo, producto de la sumatoria de lo analizado en las partes precedentes, conducirá al lector a reconocer aquellos criterios objetivos que le permitirán determinar la abusividad de las cláusulas contenidas en los

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional sentencia C-075 de 2006 - Expediente D-1400. Se resolvió la demanda de inconstitucionalidad del inciso primero y el literal e) del artículo 1o. del Decreto Extraordinario 753 de 1956, en esta sentencia respecto de las características esenciales reconocidas a los contratos de condiciones uniformes, se dispuso que además de tratarse de un negocio jurídico consensual, se encuentran su naturaleza uniforme, tracto sucesivo, oneroso, mixto y de adhesión. Es uniforme por someterse a unas mismas condiciones jurídicas de aplicación general para muchos usuarios no determinados. Es de tracto sucesivo pues las prestaciones que surgen del mismo necesariamente están llamadas a ser ejecutadas durante un período prolongado de tiempo. Es oneroso ya que implica que por la prestación del servicio público domiciliario, el usuario debe pagar a la empresa respectiva una suma de dinero. Es de adhesión, en el entendido que las cláusulas que regulan el contrato, por lo general, son redactadas previa y unilateralmente por la empresa de servicios públicos, sin ofrecerles a los usuarios la posibilidad de deliberar y discutir sobre el contenido de las mismas [...] su naturaleza es mixta, pues las disposiciones jurídicas que lo regulan corresponden a una relación reglamentaria y contractual [...]”.

contratos<sup>6</sup> de servicios públicos domiciliarios y, de esta manera, prevenir que el usuario deba asumir una carga mayor a la que debería tener en las condiciones en las cuales el contrato se desarrolla en escenarios que comportan en alguna medida una igualdad material y formal<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional sentencia C-1162 de 2000 – expediente D-2863. Se resolvió la “demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 69, 128 y 129 de la Ley 142 de 1994, toda vez que para el actor las normas referidas al definir el contrato de servicios públicos y sentar las reglas sobre su celebración, contrarían los principios de justicia y equidad (artículo 13 C.P.), en tanto permiten que las empresas prestadora de servicios fijen de manera unilateral las condiciones contractuales. Además alega que la intervención de las comisiones de regulación no puede reemplazar la voluntad ni los intereses de los usuarios. [...]: “Considera esta Corporación que los referidos contratos por adhesión, aunque deben ser objeto de la intervención estatal para introducir en ellos el equilibrio toda vez que se celebran entre una parte fuerte y una débil, así como los establecidos para la prestación de los servicios públicos, no violan, per se, el principio de igualdad. En este tipo de convenios una de las partes no está en condiciones de discutir las cláusulas contractuales, ya por la posición dominante en que se encuentra la otra, o porque, como ocurre con los servicios públicos domiciliarios, los convenios particularizados con cada uno de los usuarios podrían comprometer gravemente la eficiencia y continuidad de la prestación y, por ende, el interés general. Admitir como regla general la posibilidad de que las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios deban siempre debatir individualmente las reglas convencionales, sí promovería la violación de la igualdad (artículo 13 C.P), pues ya no serían los principios de solidaridad, universalidad, ni los objetivos del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, las pautas que habrían de tenerse en cuenta en la celebración del respectivo contrato, sino que ellas vendrían a ser reemplazadas por el ánimo de lucro y el interés individual, y quedarían como últimas o menos importantes consideraciones la finalidad social de los servicios públicos (artículos 1, 2 y 365 C.P.), la solidaridad (artículos 1, 95 y 367 ibídem) y la igualdad real y efectiva (Preámbulo y artículos 13 y 367), las que, por el contrario, deben prevalecer con miras al bien común y a realizar los postulados del Estado Social de Derecho. Cabe aclarar que este tipo de contratos por adhesión, también llamados "de cláusulas uniformes", no excluye, según lo determina la propia ley, el carácter consensual de los mismos, pues sí existe voluntad del usuario, sólo que ésta se pliega a las estipulaciones previamente definidas en el contrato por la empresa prestadora. También vale la pena aclarar que el contrato de prestación de servicios públicos no queda plenamente librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que, aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, a través de la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función [...]la Corte declaró la exequibilidad del artículo 128 y del primer aparte del inciso primero del artículo 129 de la Ley 142 de 1994. [...]”.

<sup>7</sup> Corte Constitucional sentencia C- 1141 de 2000 - expediente D-2830. Se resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 y 29 (parciales) del Decreto 3466 de 1982 "por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones". Se señaló en esta oportunidad: “La Constitución ordena la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas”.

En este esfuerzo por estudiar cada uno de los presupuestos para determinar los elementos objetivos de valoración de las cláusulas abusivas, se busca dar respuesta a las inquietudes planteadas en torno a la presencia de esta clase de cláusulas en el íter contractual; asimismo se muestra una alternativa jurídica a fin de delinear el camino a tomar para lograr la materialización de la justicia en el contenido del contrato.

Se trata pues, de establecer categorías generales que permitan identificar a cualquiera de las partes la presencia de cláusulas abusivas en el contrato de SPD, independientemente de la existencia de una lista que las enuncie o determine como tal.

La construcción teórica propuesta se fundamenta de esta manera en el desarrollo de los servicios públicos domiciliarios y sus usuarios entendidos estos dentro de una categoría con unas bases constitucionales diferenciadoras. La relación que surge entre los prestadores y los usuarios obedece en estricto sentido a la celebración de un contrato, lo que conlleva el estudio del control al mismo en razón de la función que cumple. Finalmente a partir de estos insumos se llega a determinar los controles regulatorios a las cláusulas abusivas en los contratos de servicios públicos domiciliarios, a partir de una delimitación administrativa de lo “abusivo”.

Para alcanzar el logro de los objetivos propuestos en este trabajo, en el desarrollo conceptual esbozado se tomó como soporte la información que se organizó de acuerdo a la metodología de estudio de las normas del derecho positivo colombiano, referidas al tema objeto de investigación, lo mismo que se realizó la revisión bibliográfica respectiva, no obstante ello, es necesario advertir que se presentaron inconvenientes, en relación con la existencia de normas superpuestas constitucionales, legales, reglamentarias, regulatorias,



por lo que su estudio no es fácil, además de un escaso material a nivel doctrinal.

La identificación de estos elementos de análisis, y su desarrollo metodológico suscita revisar las normas internas de nuestro país, alrededor de los diferentes cuestionamientos, mediante los cuales se busca dar respuesta a las necesidades de defensa y protección de los derechos de los usuarios, a partir de la revisión del contrato de servicios públicos domiciliarios, suministrando herramientas de valoración eficaces en cuanto a la determinación de las cláusulas abusivas en el contenido del mismo, de ahí la importancia del contenido del presente trabajo que se desarrolla a continuación.

En tal sentido se pretende generar un espacio de análisis y reflexión acerca del quehacer que como ciudadanos nos corresponde, en la tarea de hacer realidad los propósitos constitucionales de respeto de los derechos de la que ha sido denominada la parte débil; lo anterior, claro está, sin menoscabo del cumplimiento de las obligaciones y deberes que como usuarios de los SPD les corresponde.

## **1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y SUS USUARIOS. BASES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO COLOMBIANO**

En Colombia a partir de las tratativas preliminares llevadas a cabo en la Asamblea Nacional Constituyente, se comenzó a pensar en una categoría propia a la que se denominó Servicios Públicos Domiciliarios (SPD). Lo anterior en razón a la necesidad de materializar mecanismos idóneos que permitieran a los órganos del Estado alcanzar una mayor cobertura y mejora en la prestación de los servicios públicos en general. De este modo, los SPD aparecen como una modalidad derivada de los servicios públicos con la finalidad de darles una connotación especial dentro del contexto jurídico colombiano.

En esta parte se revisarán aspectos tales como la teoría del servicio público que da soporte a la denominación de servicio público domiciliario, así como la reflexión dirigida a su estudio en particular y al papel de sus usuarios.

Para tal propósito, se tratarán en primer lugar los aspectos generales de la teoría del servicio público como supuesto de la noción de los SPD. A su vez, se hará una reseña de la evolución de este concepto, de manera que se puedan extraer los elementos modeladores de su definición.

En este apartado se presentarán las discusiones previas llevadas a cabo por el constituyente las cuales contribuyeron a la definición en el texto constitucional de una categoría especial dentro de los servicios públicos. A su vez se revisará el desarrollo normativo que ha servido de sustento a la definición de cuáles son considerados como SPD.

Para finalizar, se establecerá la distinción entre consumidores y usuarios a partir de las normas, la jurisprudencia y la doctrina que han desarrollado el tema. Lo anterior con el fin de establecer los rasgos característicos de quienes son sujetos activos y pasivos de los SPD.

De esta manera se pretende dejar sentadas las bases que servirán para hacer la revisión del contrato de SPD como instrumento de la relación prestador – usuario, la cual será abordada en el segundo capítulo.

## **A. LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO COMO SUPUESTO CONCEPTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

De acuerdo con León Duguit, “El Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes<sup>8</sup>”. En este sentido, en Colombia la vigilancia y control de los servicios públicos, en general, y de los SPD, en particular, corresponde al Estado, aun cuando la prestación de estos últimos esté en manos de particulares en algunos casos.

La teoría del servicio público sustenta el desarrollo de los SPD. La forma de Estado incide en su concepción, situación que lleva a que, en el contexto del Estado Social de Derecho, los SPD cumplan unas funciones específicas y, por tanto, se constituyan en herramientas importantes para la consecución de los fines del Estado.

---

<sup>8</sup> DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Teoría General del Estado. El Derecho y el Estado. Las Libertades Públicas. Organización Política. Traducción con prólogo y apéndice sobre la Representación Proporcional por JOSÉ G. ACUÑA. Segunda Edición Española. Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera. Príncipe, 16 – Madrid. 1926, p. 71.

Reflexionar acerca del servicio público requiere una revisión a la organización estatal, a las diferentes actividades que el Estado desarrolla y a los actores sociales implicados. Tal como se ha dicho, en el contexto de la Constitución Política se les da características propias a los SPD dado que son parte del Estado Social de Derecho.<sup>9</sup>

Interesa, por lo tanto, precisar la injerencia que la noción de servicio público tiene en el concepto de SPD. En este sentido se revisarán las diferentes perspectivas con que se ha abordado al servicio público y sus transformaciones según el período histórico.

Asimismo, parte del estudio de este capítulo se centrará en la revisión de la teoría del servicio público influenciada por las corrientes constitucionales del derecho moderno. No obstante lo anterior, cabe precisar que a pesar de tratarse de un tema cuyo estudio cuenta con una larga tradición, en la actualidad conserva sus elementos esenciales.

Según León Duguit es preciso estudiar la noción de servicio público de acuerdo con ciertos elementos que "(...) consisten esencialmente en la existencia de una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el poder en un país dado, obligación de asegurar sin interrupción el cumplimiento de una cierta actividad<sup>10</sup>". Esta afirmación cuenta con vigencia en la actualidad y resulta adecuada para el caso de los SPD desarrollados constitucionalmente de forma expresa a partir de 1991.

---

<sup>9</sup> ARTICULO 1o. Constitución Política de Colombia. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

<sup>10</sup> DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho Público*. Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jean. Segunda Edición. Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera Príncipe, 16. Madrid. 1926, p, 94.

Por su parte, la teoría del servicio público se redefine según la forma de Estado. En consecuencia, se deben revisar sus elementos para poder entender su aplicación a la luz de la Constitución Política de Colombia. Este análisis permitirá comprender el tema puntual de los SPD en el contexto colombiano y servirá de base para establecer los rasgos especiales que lo diferencian de otras legislaciones.

## **A.1 SERVICIO PÚBLICO Y FORMA DE ESTADO**

La noción de servicio público constituye una construcción teórica. En sus orígenes encuentra elementos estructurales planteados durante distintas épocas en un contexto específico de Estado. Es así que, las diferentes formas de Estado han influido en la concepción del servicio público.

El derecho colombiano retoma elementos del concepto de servicio público tradicional originado a partir del derecho francés, con la salvedad de que en la actualidad se aborda en el contexto del Estado Social de Derecho, el cual le da unas características especiales que merecen ser objeto de atención y se desarrollarán en el presente capítulo.

A continuación se presentará la evolución del concepto de servicio público y su influencia en el sistema normativo actual. De acuerdo con el profesor Alberto Montaña Plata en *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, se revisará la “evolución histórica de los servicios públicos entendidos como objeto de estudio del derecho administrativo<sup>11</sup>”. Siendo así las cosas se evidenciará cómo el derecho francés ejerce influencia en esta disciplina que ha tenido largas y fuertes transformaciones a partir de la realidad concreta y de las diferentes normativas de los Estados que han asumido una postura frente al tema de los servicios públicos.

---

<sup>11</sup> MONTAÑA, Plata Alberto. *Op. cit.*, p 120.

En este orden de ideas, el profesor Gaston Jéze, sostiene que, “el derecho administrativo tiene por objeto formular reglas especiales que convengan para el buen funcionamiento de los servicios públicos<sup>12</sup>”, planteamiento que soporta la afirmación acerca de la influencia del derecho administrativo en el tema de los servicios públicos. Idea que no es excluyente respecto de la intervención del derecho privado en algunas actuaciones de la administración. Para el caso de los SPD en Colombia, esta afirmación resulta aplicable puesto que si bien es cierto derivan su sustento normativo del derecho administrativo, taxativamente se reconoce dentro del ordenamiento jurídico la influencia del derecho privado para otros asuntos referidos a los mismos.

En relación con los elementos constitutivos del servicio público León Duguit señala que se fundamentan “esencialmente en la existencia de una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el poder en un país dado, obligación de asegurar sin interrupción el cumplimiento de una cierta actividad<sup>13</sup>”, con ello se da soporte a la idea de evolución que ha tenido el concepto, de acuerdo con la época en que se fue dando su desarrollo y la influencia de la forma de Estado que lo acogía.

La civilización se desarrolla en una época y en un país dados, lo que implica entre otros asuntos que, “...el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número

---

<sup>12</sup> JÉZE, GASTON. *Principios Generales del Derecho Administrativo I. La técnica jurídica del derecho público francés*. Editorial Depalma Buenos Aires, 1948, p XXIX. Traducción directa de la 3ª edición francesa *Les principes généraux du droit administratif*, Edit. Marcel Giard, Paris, 1925.

<sup>13</sup> DUGUIT, LEÓN. *Las Transformaciones del Derecho Público y Privado*. Editorial Heliasta. S.R.L. Viamonte 1730 – Piso 1º Buenos Aires Argentina, p. 31. Traducido del francés: *Las transformaciones del derecho público*: Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. *Las transformaciones del derecho privado*: Carlos G. Posada.

de servicios públicos<sup>14</sup>”, lo anterior implica que hoy en día es inconcebible establecer que los “tres servicios públicos originarios: la guerra, la policía y la justicia<sup>15</sup>” son suficientes para que los gobernantes se dediquen únicamente a asegurar su cumplimiento, pues si bien es cierto constituyen una tarea de todos los tiempos, se generan deberes nuevos para los gobernantes frente a los cuales los gobernados esperan resultados.

El Derecho evoluciona e inciden en tal situación aspectos como el económico que hace que surjan diferentes necesidades para los individuos de un grupo social, quienes esperan estas sean satisfechas de manera ininterrumpida.

El caso de la concepción de la energía eléctrica como servicio público sirve para plantear la siguiente noción de servicio público: “es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante<sup>16</sup>”. Hoy en día los habitantes del territorio colombiano encontrarían inconcebible continuar desarrollando sus actividades utilizando la vieja candela de resina o de sebo fabricada en casa para el funcionamiento de sus aparatos eléctricos, puesto que ya se cuenta con herramientas tecnológicas que garantizan la prestación del servicio público de energía eléctrica al interior del territorio nacional, lo que conlleva a que sus necesidades puedan ser satisfechas inclusive con menor riesgo del que se asumía con los métodos anteriores a la utilización de este servicio.

---

<sup>14</sup> DUGUIT, LEÓN. *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> DUGUIT, LEÓN. *Op. Cit.*, p. 37.

La evolución del concepto de servicio público conlleva la superación de varias etapas que podrían sintetizarse así<sup>17</sup>: “La primera que corresponde a su formación e individualización como institución jurídica administrativa, y que se cerró alrededor de las primeras dos décadas del siglo XX con la configuración de la llamada concepción, noción o definición, “clásica o tradicional” del servicio público.

La segunda, aparece luego de los primeros dos decenios del siglo pasado, y está particularizada porque enmarca el debate en torno a la funcionalidad de esa noción “clásica o tradicional” del servicio público (cuyo punto más sobresaliente se concentró en la argumentación de la denominada “crisis” de la noción de servicio público), y los intentos de recomposición de su concepción en función de su adecuación a las nuevas exigencias y singularidades que develaba el tráfico jurídico administrativo.

La tercera etapa se desenvuelve sobre una nueva topografía, en la que el marco de actuación pública en aras de garantizar la satisfacción de las necesidades más generales que afectan a la comunidad en su marcha como grupo social políticamente organizado está singularizado, entre otros elementos, por las exigencias de la competencia, liberalización económica, la libertad de mercado, el amplio respecto posible a las libertades individuales (entre las que se potencia la libertad económica de los individuos), la asignación al Estado, a la administración pública, de un rol subsidiario en relación con las actividades de carácter económico, incluso en aquellas de significación trascendente para la marcha de la colectividad toda, y la conciliación de los modelos de actuación y regulación pública en pos de dar respuesta a los requerimientos de integración, como un nuevo elemento que

---

<sup>17</sup> MANTILLA CORREA, ANDRY, *Derecho Administrativo y Servicio Público. Trazos Inconclusos desde una Perspectiva Histórica*. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp 447- 448.



revela la creciente intensificación y complejización de la vida política, económica y social en general, en la actualidad<sup>18</sup>.

Presentado el bosquejo general, es importante a continuación revisar la evolución que el concepto de servicio público ha tenido, conservando los lineamientos de las etapas planteadas. Se parte, para ello, de “la noción jurídica creada en Roma del poder público que se llamará más tarde soberanía y que había de estar hasta el siglo XX en los pueblos de Europa y las dos Américas<sup>19</sup>”. Tal definición surge a partir de la concepción del poder absoluto del emperador, quien ejerce su derecho de poder, esto es “el derecho de imponer su voluntad a los demás porque tal es su voluntad, y como tal tiene cierta cualidad que obliga a todos a la obediencia<sup>20</sup>”

A medida que avanza el tiempo ya el emperador no es el protagonista de las gestas normativas. A la caída del imperio romano de Occidente “la sociedad europea tiende a organizarse según un régimen contractual. Las diferentes

---

<sup>18</sup> En palabras del profesor español ARIÑO, ORTÍZ GASPAR: “Después de más de medio siglo de expansión del Estado, este ha empezado a retirarse de la actividad económica, para concentrarse en lo que son sus funciones soberanas. *Este cambio de modelo*, que se inicia a finales de los 80 en el Reino Unido, no es propio de un país o de un gobierno concreto. Es universal, es un proceso de biología histórica que está teniendo importantes manifestaciones tanto en Europa como en Iberoamérica, e implica esencialmente un cambio de tareas – de roles- entre el Estado y la sociedad. De economías cerradas, presididas por una empresa pública protegida y una empresa privada subsidiada, se ha pasado a economías de iniciativa privada y de mercado libre, abiertas progresivamente a la inversión y a la competencia internacional. La globalización no es un slogan, sino una realidad”. Enseguida señala: “Estos procesos de liberalización e internacionalización de las economías no han alcanzado solo a la industria o a la agricultura, sino también a los grandes servicios públicos y a sectores antiguamente clasificados de estratégicos: las telecomunicaciones, el petróleo y sus derivados, las carreteras, y ferrocarriles, las líneas aéreas, la energía eléctrica, el gas, los abastecimientos de agua a poblaciones, los transportes y sus infraestructuras (puertos y aeropuertos) así como otras actividades de este tipo. Junto a los procesos de privatización de actividades y empresas, se llevó a cabo en todos los países un cambio profundo, sustantivo, en el marco regulador de las actividades privatizadas, que constituían hasta ahora – y siguen siendo – los grandes servicios públicos del país. En todos ellos la privatización ha tenido que ir acompañada de un nuevo marco de actuación, un nuevo modelo jurídico – de regulación -, que haga posible la competencia entre los operadores”. Ariño Ortiz Gaspar, “*La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia*”, en Cassagne, Juan Carlos y Ariño Ortiz, Gaspar, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, Lexis – Nexis Argentina, 2005, pp 9 y 10.

<sup>19</sup> DUGUIT, LEÓN. *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

clases sociales se coordinan y subordinan unas a otras por convenciones que les otorgan derechos y les imponen deberes recíprocos. El señor feudal no es un príncipe que manda en virtud de un *imperium*; es un contratante que pide la realización de servicios prometidos a cambio de los que él a su vez ha prometido<sup>21</sup>, con lo cual se da una corresponsabilidad en relación con los derechos y deberes, con participación activa del pueblo, y un compromiso por parte del gobernante para con aquel.

Ya en el siglo XVII y en el XVIII, “la soberanía es el derecho de mandar, de que es titular el rey. Es un derecho que tiene los mismos caracteres que el derecho de propiedad. El rey es titular de él como de sus derechos patrimoniales. La soberanía es una propiedad, pero una e indivisible, inalienable. Es absoluta como todo derecho de propiedad, salvo ciertas restricciones relacionadas con la naturaleza de las cosas; y todavía el edicto de 1770 afirmaba que “no hay ninguna restricción basada en pretendidas leyes fundamentales”. En fin, esta soberanía del rey se manifiesta sobre todo en la ley, que es la expresión de la voluntad real soberana.<sup>22</sup>” Lo anterior denota el alto grado de restricción en la determinación de las necesidades por parte del pueblo, toda vez que correspondía al rey el señalamiento de las normas que según él eran las necesarias para detentar un buen gobierno, de ahí que se gestaran a continuación movimientos como el de la Revolución Francesa en búsqueda de una participación en la soberanía surgiendo de esta manera un cambio de paradigma, la sustitución de una soberanía real por una soberanía nacional.

En el siglo XVIII, la revolución francesa de 1789<sup>23</sup>, propone unos principios que penetran la vieja noción monárquica soporte para poner fin al Estado

---

<sup>21</sup> DUGUIT, LEÓN. *Op. Cit.*, p. 10-11.

<sup>22</sup> DUGUIT, LEÓN. *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>23</sup> “La Revolución Francesa produjo ese maravilloso documento de reconocimiento de los derechos humanos que fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, un auténtico

absolutista. Tal fenómeno permitió que se diera la influencia del pueblo como elemento definitorio para debilitar las bases del sistema que imperaba para la época en donde el rey era quien detentaba la soberanía que era “una, indivisible, inalienable e imprescriptible<sup>24</sup>”.

“La Declaración de los Derechos de 1789 y la Constitución de 1791 señalan que el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación... la soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la nación<sup>25</sup>”. Aquí surge un elemento fundamental y es la primacía del interés general sobre el particular, pregonado respecto del ejercicio de la soberanía y referido a la exigencia de un Estado que velara por el bienestar de la sociedad, lo cual marcó el derrotero de lo que en adelante iba a ser considerado como Estado Liberal. En este modelo de Estado, no era un monarca el que gobernaba con la finalidad de sustentar sus propios intereses, sino que debía tener en cuenta las exigencias de una sociedad que reclamaba el reconocimiento de sus derechos.

Tal como lo refiere Duguit, la concepción de la soberanía nacional trajo consigo un nuevo aporte que se dio con el fenómeno social de la Revolución de 1848. “El sufragio universal igualitario de mayorías, que por un falso razonamiento se pretendía deducir, se implantaba en Francia y desde entonces diariamente realizaba sus conquistas por el extranjero<sup>26</sup>”. No obstante ello, el dogma de la soberanía nacional no alcanzó mayores logros debido a la falta de sincronía con los cambios sociales, los cuales iban

---

paradigma universal de los derechos y libertades individuales, los que son concebidos como derechos naturales, es decir, derechos que nacen con el hombre, de manera tal que la ley no hace más que reconocerlos o declararlos, pero no establecerlos: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (art 1°); “El fin de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (art 2°)” VILA Casado, Iván. *Reflexiones constitucionales. La Constitucionalización del derecho y de los derechos*. Universidad Libre Seccional Cúcuta. San José de Cúcuta. Primera Edición. Octubre de 2011. P. 57.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p 15.

<sup>25</sup> DUGUIT, LEÓN. *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 18

avanzando de manera rápida sin encontrar respuesta en el modelo planteado, aunado al descubrimiento en su momento que el sufragio no era la única solución a las transformaciones sociales y políticas que se realizaban. Todo ello generó necesariamente empezar a hablar de un nuevo modelo, el de la soberanía del Estado, limitada ésta por la libertad.

Las necesidades sociales hacen que los servicios públicos iniciales de guerra, policía y justicia sean insuficientes. “Por causas muy complejas y numerosas, a consecuencia de los progresos de la instrucción, de las transformaciones económicas e industriales”<sup>27</sup>, se pide a los Gobiernos su intervención en los diferentes servicios tales como “instrucción, asistencia, obras públicas, alumbrado, correos, telégrafos, teléfonos, caminos de hierro, etc., hay una intervención del Estado que debe estar sometida al Derecho, regulada y disciplinada por un sistema de Derecho Público”<sup>28</sup>, fundado todo ello en el concepto de servicio público, concepto este que se afianza a partir diferentes épocas y hace que se den concepciones que abarcan unos u otros servicios bajo tal denominación específica de ser “*públicos*”.

A finales del siglo XIX el panorama empieza a cambiar, los nuevos valores de solidaridad e igualdad impulsan el desarrollo de los servicios públicos en toda Europa. Por una parte, esos servicios son creación del *socialismo municipal* que se extiende por el continente y por las Islas Británicas y permite proporcionar a los habitantes de las ciudades el alumbrado, transporte público, abastecimiento de agua y redes de saneamiento, gas, electricidad, mercados y abastos, etc. Pero también se alcanzan en muchos países conquistas sociales más generales, tales como la asunción por el Estado de la enseñanza pública en todos sus niveles, universal y gratuita en los inferiores, y la aparición de los sistemas de previsión o Seguridad Social.

---

<sup>27</sup> Íbidem, pp. 25-26.

<sup>28</sup> Íbidem, p. 26

Todos estos cambios abrieron paso a una nueva etapa del derecho, que a partir de la noción de servicio público, transforma la concepción de Derecho Administrativo<sup>29</sup> y soporta un Estado intervencionista que dejó de ser ajeno a la actividad económica que el liberalismo francés le arrebatara a partir de la revolución francesa y empezó a realizar actividades que otrora fueran propias de los particulares –burgueses- como el transporte, la energía la eléctrica, telefonía, entre otras.

Después de la segunda guerra mundial el Estado intervencionista adquirió otro carácter a la luz de lo social. Un ejemplo de la afirmación anterior es Alemania que en 1949 formuló la ley fundamental de Bonn<sup>30</sup> en la que se consagró de manera expresa la figura del Estado de Derecho<sup>31</sup>, lo que *per se* implicó un cambio de concepción respecto del paradigma en cuanto al papel

---

<sup>29</sup> Para Gaston Jéze, “El Derecho Administrativo, tiene por objeto formular las reglas *especiales* que convengan para el buen funcionamiento de los servicios públicos. Los tiempos modernos se distinguen por la creación de servicios públicos, por su desarrollo, por su adaptación continua a la vida económica y social”. Tomado de: Principios Generales del Derecho Administrativo. I La técnica jurídica del derecho público francés. Editorial Depalma Uruguay 478 -Buenos Aires. 1948. P XXIX. Traducción directa de la 3ª edición francesa. *Les principes généraux du droit administratif*, Edit. Marcel Giard, Paris, 1925.

<sup>30</sup> “Un nuevo modelo de Constitución del que ha sido paradigma la Ley Fundamental de Bonn, hoy Constitución de Alemania. Es claramente indicador del viraje producido el hecho de que dicha Constitución dedique su primer capítulo a los derechos fundamentales, claro reconocimiento de la primacía de la persona humana sobre el Estado y señal inequívoca de rechazo al fascismo, para el cual el Estado lo es todo y el hombre concreto es apenas un elemento accidental que debe girar en función de aquel”. VILA Casado, Iván. *Reflexiones constitucionales. La Constitucionalización del derecho y de los derechos*. Universidad Libre Seccional Cúcuta. San José de Cúcuta. Primera Edición. Octubre de 2011. pp. 58-59.

<sup>31</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, con orden de publicación en la primera edición del Boletín Oficial Federal, con fecha 23 de mayo de 1949. Art. 23: “Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley fundamental”. (Edición del texto actualizado hasta octubre de 2010). Asimismo en este sentido el Art. 28 dispone: “El orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Länder, distritos y municipios, el pueblo debe tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. En los municipios en lugar de un cuerpo elegido podrá actuar la asamblea municipal”. (Edición del texto actualizado hasta octubre de 2010)

del Estado, que debía velar por el cumplimiento de sus objetivos según las pautas dadas por el derecho, en procura del interés general. Esta situación en el concierto mundial encuentra hoy desarrollo a través de la Unión Europea, con una evolución marcada teniendo en cuenta las necesidades actuales de la sociedad que cobija y las novedades que el ordenamiento jurídico ofrece.

Se resalta la importancia de la inclusión expresa del Estado de Derecho toda vez que bajo esta denominación se reconoce a la ley un papel preponderante, que para el momento se constituía en la forma de fijar un marco de referencia respecto de los deberes y derechos a asumir tanto por gobernantes como por gobernados. Situación que involucró al Estado Colombiano que en su Constitución de 1886, consagró la existencia de este tipo de Estado<sup>32</sup>. Aunado a ello se abrió la posibilidad legal de participación de los particulares en la prestación de servicios públicos.

En Colombia los particulares se dedicaban a actividades de servicio público, tales como el transporte, la telefonía y la energía eléctrica, “aparentemente, no hubo una intervención decidida del Estado en el servicio de energía hidroeléctrica hasta cuando se expidió la ley 113 de 1928<sup>33</sup>. Existían, sí,

---

<sup>32</sup> El Estado de Derecho (ED) ha sido por excelencia el tipo de Estado que ha prevalecido en el mundo occidental, de acuerdo a su característica esencial la prevalencia del derecho sobre los aspectos sociales, económicos y políticos, ha sido considerado el máximo protector de los ideales democráticos en la actualidad. Este concepto, con el tiempo, se ha ido transformando y se le ha dado diferentes usos, en la actualidad se considera la base de los valores democráticos y económicos, al igual que una garantía para la defensa de los Derechos Humanos. En el caso Colombiano se encuentra una disyuntiva paradigmática dado que la constitución de 1886 consagró el país como Estado de Derecho – ED, pero en razón de la crisis social, política y económica en 1991, el Estado Social de Derecho- ESD, representará la posibilidad de fortalecimiento de los valores democráticos y sociales. No obstante, en la práctica y en el discurso de los actores del campo jurídico, económico y político los postulados del ED siguen siendo predominantes. Tomado de: GARCÍA, Lozano Luisa Fernanda. *LA INCIDENCIA DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL*. Revista Prolegómenos – Derechos y valores, Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - No. 27 - Julio - Diciembre 2011 - ISSN 0121-182X, p. 182. 2011-I.

<sup>33</sup> LEY 113 DE 1928: “La nación se reserva el dominio y el uso de la fuerza hidráulica que puede desarrollarse con las aguas que le pertenecen según el artículo 67 de Código Civil, con excepción de la

desde fines del siglo pasado, empresas privadas que aprovechaban las caídas naturales de agua aledañas a las ciudades, tales fueron por ejemplo, la sociedad colectiva Samper Brush (1896) que inauguró su planta hidroeléctrica de El Charquito (río Bogotá) en 1900, y la compañía antioqueña de Instalaciones Eléctricas (1895), una sociedad mixta del municipio de Medellín, el Departamento de Antioquia y particulares establecieron un servicio de alumbrado público en esa ciudad en 1898. Se señala asimismo, que el servicio de acueducto se prestaba mediante contratos de concesión otorgados por el municipio, desde 1880 en la ciudad de Barranquilla, a partir de 1886 en Bogotá, en Medellín en el año 1891, en Cartagena en 1905 y desde el año 1918 en la ciudad de Pereira. Para el caso de la prestación del servicio de energía eléctrica, se dieron las mismas circunstancias anteriormente descritas, en primer lugar en la ciudad de Bogotá en donde la firma *Electric Light Company* hace presencia a partir de 1888, en la ciudad de Medellín se crea la Compañía Antioqueña de Instalaciones Eléctricas en 1895 y en la ciudad de Cali se fundó la Empresa de luz y energía en 1889<sup>34</sup>.

Mediante la ley 113 de 1928, como se señaló anteriormente, se ordenó la intervención del Estado en la prestación del servicio de energía hidroeléctrica, toda vez que para la época este venía siendo prestado por particulares, con tal disposición se empezó a dar aplicación a la corriente doctrinal que sitúa al Estado como principal responsable de la prestación y regulación de los servicios públicos a nivel nacional.

---

que se destine al beneficio o explotación de predios o para mover máquinas destinadas exclusivamente al mismo objeto. Asimismo la Nación se reserva la fuerza que pudiera llegar a aprovecharse de las corrientes de los mares territoriales.

Parágrafo 1. Esta reserva no perjudica los derechos adquiridos de acuerdo con la legislación vigente, los que serán definidos en la forma prioritaria por el Poder Judicial en caso de controversia.

<sup>34</sup> AMADOR Cabra, Luis Eduardo. *Los Servicios Públicos Frente a las Reformas Económicas en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: abril de 2011. pp, 52-55.

Aparece luego una normativa dentro del marco referido por el legislador que corresponde al Decreto 753 de 1956, que en su artículo 1º, definió que servicio público es “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”, definición que plantea y complementa un primer intento del legislativo en esta materia años atrás, cuando a través de la ley 21 de 1920 denominada ley de huelgas, se prohibió hacer cesación del trabajo colectivo en empresas ligadas a la seguridad, la salubridad, la vida económica y social de los ciudadanos,<sup>35</sup> es decir a empresas cuyas actividades correspondían a la prestación de servicios públicos.

Todo lo anterior se desarrolla en el marco del Estado de Derecho, el que poco a poco fue exigiendo desarrollar procesos de adaptación a las transformaciones culturales, económicas, sociológicas, demográficas, entre otras. Esto generó la necesidad de una revisión a la legitimidad otorgada a la ley, la cual estaba concentrada más en su origen democrático que en su contenido, lo que motivaba velar por el reconocimiento expreso de los derechos, con lo que se buscaba dar prioridad a la justicia material antes que la formal.

De ahí que se exigía una nueva legislación. No era suficiente que el Estado respetara y acatara la ley, y que suministrara certeza y seguridad en el tráfico jurídico. Era importante que se pensara en una nueva forma de Estado, no solo que diera otro significado a la manera de concebirlo sino que otorgara

---

<sup>35</sup> El artículo 22 de la ley 21 de 1920 dispuso: “El arbitraje es obligatorio y toda cesación de trabajo colectivo está prohibida mientras el Tribunal dicta su fallo, en las siguientes empresas, a las cuales están ligadas la seguridad, la salubridad y la vida económica y social de los ciudadanos: Medios de transporte, que comprenden los ferrocarriles, los tranvías, los buques fluviales y los buques marítimos; Acueductos públicos; Alumbrado público de las poblaciones; Higiene y aseo de las ciudades; Explotación de minas de la Nación.



nuevas herramientas para el desenvolvimiento de los hombres en una sociedad con nuevas necesidades y ávida de encontrar la satisfacción de las mismas.

Es así que se abre paso al Estado Social de Derecho<sup>36</sup>, consagrado en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991. En este la garantía de derechos y libertades cobra un papel relevante en relación con el reconocimiento del deber y la obligación de la protección de aspectos como la dignidad humana entendida como intangible<sup>37</sup>, inherente al ser humano por su sola condición de tal, queriendo resaltar el papel del individuo como principal motor de los desarrollos de un país. Ya no se trata de un Estado en el que solo el imperio de la ley es importante, puesto que si bien esta continúa teniendo un papel significativo, debe ser revisada a la luz de la garantía de los derechos fundamentales de los individuos.

En este escenario se concibe al hombre como el resultado de un proceso de dignificación de la humanidad. Recibe del Estado su protección por deber constitucional, sin discriminación alguna, como garantía a los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos.

A partir de la Constitución Política de 1991 se evidencia una transformación institucional del país. Ello trajo consigo el desarrollo de temas como el de los servicios públicos domiciliarios cuya prestación está en cabeza del Estado

---

<sup>36</sup> El Estado Social de Derecho se caracteriza por garantizar los derechos fundamentales, reconocidos a través de una Constitución, con el fin de evitar la desigualdad y que se atente contra la Dignidad Humana. Colombia, a través de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se estableció como Estado Social de Derecho asumiendo de esta forma un compromiso por la defensa de los intereses de sus ciudadanos y la garantía de los derechos humanos. Tomado de: REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI "CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO" [http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista\\_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/](http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/) E-MAIL: [revistainveniendi@correo.usta.edu.co](mailto:revistainveniendi@correo.usta.edu.co). RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO EN EL CASO DE LA "MASACRE DE MAPIRIPÁN"

<sup>37</sup> LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, ARTÍCULO 1: "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público." (Edición del texto actualizado hasta octubre de 2010).

quien lo puede hacer directamente (entidades territoriales), o indirectamente a través de particulares (concesionarios), esto tiene su génesis en lo ya referido del derecho francés que acogió la tesis de la escuela del servicio público, permitiendo que los particulares integraran también el grupo de quienes prestan esta clase de servicios.

Otra situación particular que surge como materia de interés dentro de la definición de Colombia como Estado Social de Derecho y en el propósito de garantizar las prerrogativas a que tienen derecho los trabajadores en sus situaciones laborales, hace referencia a la incidencia en el proceder de las personas desde los diferentes roles que se asuman en la sociedad. Esto hace que en situaciones como la huelga se limite la prohibición de la misma aunque permanece sólo para los servicios públicos esenciales, por razón del interés social, pues al momento de hacer una ponderación entre el derecho a la huelga (constitucional) y los derechos fundamentales que se respaldan con los servicios públicos esenciales, prima el interés general y el bienestar de terceros usuarios que nada tienen que ver en el conflicto suscitado entre los trabajadores y sus empleadores, es por esto que tienen un carácter solidario<sup>38</sup>.

Tal connotación jurídica del derecho a la huelga frente a los servicios públicos se soporta en la noción de justicia y en los rasgos característicos del Estado Social de Derecho. En este la Constitución es ley fundamental para la dirección del Estado y consagra principios mínimos para la convivencia

---

<sup>38</sup> Sentencia T- 380 de 1994. Expediente No. T- 40.164. Agosto 31 de 1994. Los hechos que suscitan la revisión del presente caso por parte de la Corte Constitucional se basan en la acción de tutela que interponen los jóvenes en su calidad de estudiantes de la jornada nocturna del Colegio Nacional Enrique Olaya Herrera del Municipio de Guateque, contra la Electrificadora de Boyacá, al ver violado su derecho fundamental a la educación por la suspensión del servicio de fluido eléctrico en su colegio. En el punto específico que llama nuestra atención en el presente escrito, la Corte Constitucional señala: “El carácter solidario de los servicios públicos se suma a la necesidad de que estos sean prestados ininterrumpidamente: es decir, que los inconvenientes particulares no tengan como efecto la suspensión en la prestación del servicio”.

armónica de los administrados, dentro de los cuales están los derechos fundamentales y demás, junto con sus mecanismos de protección.

La idea de Estado Social de Derecho obedece a la satisfacción de las necesidades de los individuos a través de la materialización y concreción de sus derechos y de los mecanismos para hacerlos efectivos, sustento por el cual es acertado decir que los derechos obedecen a las necesidades humanas de acuerdo con las condiciones sociales.

El Estado Social de Derecho<sup>39</sup> sustenta la teoría de los derechos fundamentales que, son principios del derecho y mandatos de optimización, es decir, es tal su fuerza vinculante, y su supremacía sobre otras disposiciones, que son una orden positiva al contenido literal del derecho para que sea realizado en la mayor medida acorde con las posibilidades fácticas y jurídicas, es decir, que sobre todas otras circunstancias, son éstos, los que deben primar y ser satisfechos sin demoras y sin faltar al ideal constitucional. Los derechos fundamentales entonces son principios “medulares” de los servicios públicos, pues a través de ellos, se busca la dignificación del ser, por parte del Estado.

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 041 de 2003. Expediente - D-4166. En este caso la Corte resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 90.2 de la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones". Para nuestro tema de estudio determinó: "...La concepción del Estado social de Derecho (art. 1 C.P.) comporta el cumplimiento de ciertos fines en cabeza de la organización estatal orientados a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 2 C.P.). Tales propósitos conllevan a que las actuaciones del Estado estén enderezadas a cubrir necesidades básicas insatisfechas y a garantizar las mínimas condiciones para que la existencia del hombre sea acorde con su dignidad humana. Dentro de ese contexto el Constituyente otorgó especial importancia a los servicios públicos al establecer que los mismos son inherentes a la finalidad social del Estado y consagró dentro de los deberes de éste el de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 C.P.). El Capítulo 5 del Título XII de la Carta se ocupa del tema de los servicios públicos y de su estrecha relación con el Estado social de Derecho, de tal forma que no se puede concebir la existencia de éste sin que dentro de sus tareas se encuentre la de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, a través de una prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos...".

En el contexto del Estado Social de Derecho el servicio público tiene un significado importante en la medida que aborda una realidad social puntual. Realidad que debe ser revisada a la luz del desarrollo de los individuos en sociedad, de ahí lo relevante de la significación del usuario como elemento clave en la elaboración de las soluciones jurídicas relacionadas con el tema en comento.

A partir de la revisión de los diferentes modelos de Estado y su incidencia en el concepto de servicios públicos, se presenta a continuación un estudio específico de la teoría del servicio público. Esta constituye en el presente trabajo pieza fundamental para encontrar respuestas a la propuesta del Estado Colombiano de concebir unos servicios específicos, denominados como domiciliarios, los cuales gozan de unas particularidades especiales dada tal connotación.

## **A.2 TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU VIGENCIA**

Desde de una perspectiva realista –de acuerdo con las necesidades de la sociedad, a los problemas del hombre, a la actual forma de Estado–, se presentan los servicios públicos como un instrumento que materializa parte de la satisfacción de esas necesidades y da solución a las problemáticas planteadas.

La transformación del Estado conlleva el análisis de los elementos de la teoría del servicio público, a efectos de determinar los supuestos que le sirven de fundamento hoy en día. Colombia posee unas delimitaciones espaciales y un ordenamiento jurídico ajustado a su realidad, no obstante ello, este no es excluyente a otras normas, máxime si se tienen en cuenta aspectos tales como la globalización que hace que las líneas divisorias sean cada vez más invisibles.

Respecto de la noción de servicio público<sup>40</sup>, se tiene que esta recibe gran influencia del derecho francés que de forma considerable ha estudiado esta temática desde el derecho administrativo. “La frecuente conceptualización del derecho administrativo – al menos en el caso francés – a partir de los servicios públicos no es circunstancial; obedece a la consideración de un elemento “constitutivo” que ha estado presente siempre, y no sólo en los momentos históricos concretos en que las inspiraciones ideológicas han tenido incidencia determinante en las respectivas construcciones teóricas que se han elaborado<sup>41</sup>”.

La noción de servicio público<sup>42</sup> sustentada en los desarrollos jurisprudenciales y de la doctrina Francesa, encuentra un primer escenario de estudio “con presupuestos jurídicos novedosos<sup>43</sup>” en el fallo Blanco<sup>44</sup> del

---

<sup>40</sup> “Le service public peut se définir de deux façons: d’une façon organique ou formelle, ou d’une façon matérielle. Dans son sens *organique ou formel*, le service public se caractérise par une certaine organisation: le service public est une entreprise gérée par l’Administration. La définition *matérielle* s’attache à la *nature de l’activité*, considérée indépendamment de l’organisation par laquelle cette activité s’exerce. On définit le service public comme l’activité qui tend à satisfaire un besoin d’intérêt général”. Tomado de: VEDEL, George. Droit Administratif. THÉMIS. Manuels Juridiques, Économiques et Politiques. *Collection dirigée par Maurice DUVERGER*. Troisième Édition Refondue. Presses Universitaires de France. 108, Boulevard Saint-Germain, Paris. 1959. p. 583.

<sup>41</sup> MONTAÑA, Plata Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia, 2002, pp 124-125.

<sup>42</sup> “Les services publics sont des organisations qui forment la structure même de l’État. Pour employer une comparaison organiciste, on peut dire que les services sont les cellules composantes de ce corps qu’est l’État. Envisagé au point de vue réaliste, l’État se présente comme constitué par l’ensemble des services publics. Les services publics ont pour objet essentiel d’assurer la réalisation des interventions de l’État, l’exercice des attributions de l’État. Il semble donc que la distinction des services publics devrait avoir pour unique base les attributions de l’État, abstraction faite de l’idée de fonction. A chaque attribution de l’État, correspondrait l’exercice de toutes les fonctions nécessaires à l’attribution que le service est chargé d’assurer [...] dans l’organisation de l’État moderne. Il n’y a pas, en principe, un cumul complet pour chaque service public de l’exercice des fonctions de l’État. Des services différents sont, en principe, organisés pour chacune d’elles. D’autre part, les services sont bien distincts d’après les attributions. Mais ils ne sont pas entièrement modelés sur elles, de telle sorte qu’à chaque attribution correspondait un service distinct. La structure des services publics constitue ainsi actuellement un système complexe, à raison de ce que les idées d’attribution et de fonction sont simultanément utilisées pour les différencier et les spécialiser”. Tomado de: BONNARD, Roger. Précis de Droit Administratif. Partie Générale. Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme) 22, rue Soufflot, Paris. (V). 1935. pp 235-240.

<sup>43</sup> MONTAÑA, Plata Alberto. *Op.cit.*, p.127.

<sup>44</sup> Por medio de este fallo se resolvió la acción adelantada por el padre de la niña Agnes Blanco, quien tenía siete años de edad y fue atropellada por un vehículo de una empresa tabacalera del Estado,

Tribunal de Conflictos de Francia de 08 de febrero de 1873. Este se constituye en uno de los más importantes para el estudio del derecho administrativo, destacándose del mismo los siguientes aspectos: “Autonomía del derecho administrativo. El estudio de la responsabilidad de la administración con reglas y principios diferentes del derecho privado. Se afirma, una vez, la autonomía del Consejo de Estado de Francia, para administrar justicia en forma independiente. La independencia de la jurisdicción contencioso administrativa<sup>45</sup>”.

Este fallo<sup>46</sup> si bien es cierto no constituye la única, ni la primera referencia al tema de los servicios públicos, si propone darle “carácter autónomo a un nuevo sector del derecho que debe estar caracterizado por unas reglas especiales en consideración de unas actividades determinadas (servicios públicos) que por su carácter ameritan una atención especial<sup>47</sup>.”

---

situación que le produjo heridas y fue el incidente para incoar una demanda solicitando que se declarara civilmente responsable al Estado de daños y perjuicios causados a la menor. Lo anterior fundamentado en que este hecho se produjo en el ejercicio de una labor de obreros que trabajaban para la tabacalera que era del Estado. “El tribunal de conflictos debía así resolver la pregunta de saber, para retornar a los términos de las conclusiones del comisario de Gobierno, David, “cuáles de las dos autoridades, administrativas y judicial, es la que tiene competencia general para conocer de las acciones en perjuicios – intereses contra el Estado”. El Fallo dado en esta ocasión debía tener una suerte singular. Se le consideró durante largo tiempo como el fallo de principio, la piedra angular de todo el derecho administrativo; hoy algunos autores sostienen que ha caducado (prescribe), suponiendo que nunca tuvo la importancia que se le dio”. Tomado de: PENAGOS, Gustavo. *El Consejo de Estado de Francia. Origen del Derecho Administrativo en el Mundo*. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. 1993. p 218.

<sup>45</sup> PENAGOS, Gustavo. *Op. Cit.*, pp 215-216.

<sup>46</sup> El fallo Blanco afirma la autonomía del derecho administrativo de la responsabilidad en relación con las reglas puestas en el Código Civil. A pesar del acercamiento de las jurisprudencias administrativa y judicial sobre ciertos puntos, ese principio continúa siendo válido, como lo atestiguan las recientes decisiones del Consejo de Estado y de la Corte de Casación que retoman los términos del fallo Blanco. Esta autonomía ha tomado, entre tanto, un nuevo sentido; si implica en ciertos casos, conforme al sentido primitivo de la fórmula del fallo Blanco, reglas menos favorables a los particulares que aquellas que hubiesen resultado de la aplicación del Código Civil (exigencia de una falta grave, por ejemplo), ello arrastra cada vez con más frecuencia el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración en situaciones donde el derecho civil no habría permitido satisfacer a la víctima. Tomado de: PENAGOS, Gustavo. *El Consejo de Estado de Francia. Origen del Derecho Administrativo en el Mundo*. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. 1993. p 220.

<sup>47</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Op. cit.*, p.127.

La necesidad de concebir el Estado como responsable de unas actividades cuyo ejercicio constituiría los llamados servicios públicos, hace parte del ejercicio propio de sus funciones. Estos irían aumentando de acuerdo al incremento de las necesidades sociales y a la tarea por parte del Estado de darles solución.

Meses más tarde, el 30 de Julio de 1873, el mismo tribunal de conflictos profirió el Fallo Pelletier<sup>48</sup>. Este constituye una interpretación restrictiva respecto de la distinción entre la falta personal y aquella que se produce en razón del servicio (falta de servicio<sup>49</sup>), siendo esta última de competencia administrativa.

En este plano se muestra la evolución de la jurisprudencia desde 1873. Se busca proteger en buena medida con estos fallos a las víctimas del comportamiento abusivo de los funcionarios públicos. La jurisprudencia en una primera etapa en 1951 restringe la noción de falta personal y su alcance.

La distinción entre estas dos faltas: la personal y la que se da resultado del ejercicio de actividades de la Administración permite tomar una nueva dirección con respecto a la jurisprudencia Pelletier. Esta involucra a la

---

<sup>48</sup> “Considérant que, en ce qui concerne l'interprétation donnée par le Tribunal de Senlis au décret du 19 Septembre, 1870 que la loi des 16-24 août 1790, titre 2, art. 13, dispose: «Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparer des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs, pour raison de leurs fonctions. Considérant que la demande de Pelletier se fonde exclusivement sur cet acte de haute police administrative; qu'en dehors de cet acte il n'impute aux défendeurs aucun fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière, et qu'en réalité la poursuite est dirigée contre cet acte lui-même, dans la personne des fonctionnaires qui l'ont ordonné ou qui y ont coopéré.” Tomado de: Collection de Droit Public. Publiée sous la direction de: R. CASSIN – M. WALINE. LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE. M. LONG – P. WEIL – G. BRAIBANT. 5<sup>a</sup>. Édition. Sirey. 1969. pp. 9-13.

<sup>49</sup> “La faute de service, es le fait d'agent qui est tellement lié au service que son appréciation par le juge judiciaire implique automatiquement une appréciation sur le fonctionnement du service”. Tomado de: Collection de Droit Public. Publiée sous la direction de: R. CASSIN – M. WALINE. LES GRANDS ARRETS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE. M. LONG – P. WEIL – G. BRAIBANT. 5<sup>a</sup>. Édition. Sirey. 1969. pp. 9-13.

jurisdicción de los tribunales administrativos en la apreciación de las consecuencias de mala conducta del personal en la administración.

El fallo Terrier del Consejo de Estado de Francia de febrero 6 de 1903,<sup>50</sup> hace también su aporte a la teoría del servicio público. “Tiene importancia especial, por cuanto se exponen principios generales del derecho administrativo, en lo relativo a la competencia de la jurisdicción en lo Contencioso administrativo y la delimitación administrativa y judicial propiamente<sup>51</sup>”.

Otros fallos que se consideran importantes en el desarrollo de la noción de servicio público, son: el *arrét* Feutry<sup>52</sup>, Thérond<sup>53</sup>, *Société des Granits*

---

<sup>50</sup> El Fallo Terrier del Consejo de Estado de Francia con fecha del 6 de Febrero de 1903, se originó porque el Señor Terrier demandó al departamento de policía por cuanto un consejo general ofreció un premio a todos aquellos que justificaran haber matado una víbora. Al demandante le fue negado dicho premio por el Director de policía, razón por la cual exigió a través de su demanda, que fuera censurada la violación al contrato que el departamento de policía había tenido con los cazadores. El Consejo de Estado francés se declaró competente para resolver tal asunto en razón a la existencia de la gestión privada del “Estado propietario” donde el estado actúa como persona civil, capaz de obligarse por contrato en los términos del derecho común, tal como lo consignó en este fallo el comisario del Gobierno Romieu, en este caso la policía al anunciar el premio se obligó contractualmente y quienes llegaren a reclamar lo ofrecido tuvieron todo el derecho de hacerlo, ante la nueva jurisdicción contencioso-administrativa representada en el Consejo de Estado.

Este fallo sirve para soportar la distinción entre gestión pública y gestión privada, teniendo en cuenta los siguientes argumentos: “todo lo que concierne a la organización y el funcionamiento de servicios públicos, propiamente dichos, generales o locales ..., constituye una operación administrativa, que es por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa ... todas las acciones entre las personas públicas y terceros o entre esas personas públicas y ellas mismas, fundadas sobre la ejecución, la inejecución o la mala ejecución de un servicio público son de competencia administrativa [...] De otra parte, la Administración puede obrar no como persona privada, pero sí como persona pública, en interés de un servicio público propiamente dicho, no invoca el beneficio de su situación de persona pública y se ubica voluntariamente en las condiciones de un particular – sea pasando uno de esos contratos de derecho común, de un tipo netamente determinado por el Código Civil (ubicación de un inmueble, por ejemplo, para instalar allí las oficinas de la Administración), que no supone por él mismo la aplicación de ninguna regla especial al funcionamiento de servicios públicos, – sea efectuando una de estas operaciones corrientes que los particulares hacen diariamente, que suponen reportes contractuales de derecho común y por los cuales la Administración es reputada a obrar como un simple particular [...]” Tomado de PENAGOS, Gustavo. *El Consejo de Estado de Francia. Origen del Derecho Administrativo en el Mundo*. Ediciones Librería el Profesional. Primera Edición. 1993. p 226

<sup>51</sup> PENAGOS, Gustavo. *Op. Cit.*, p 223.

<sup>52</sup> De fecha 29 de febrero de 1908. En este fallo de acuerdo con las conclusiones del Gobierno - comisario de Georges Tessier: las actividades desarrolladas por la administración en ejercicio de su



Porphyroïdes des Vosges<sup>54</sup> y Bac D'Éloka<sup>55</sup>, sin embargo, no pueden considerarse de manera aislada respecto de la decidida influencia que representara la construcción de toda una “doctrina de los servicios públicos” a inicios del siglo XX por la escuela de los servicios públicos (o de Bordeaux)<sup>56</sup>.

---

actividad y de interés público, lo mismo que los errores que se hayan podido producir en la ejecución del servicio, constituyen situaciones de competencia de la autoridad administrativa. Esto como una forma más de reivindicar la competencia de los órganos jurisdiccionales administrativos.

<sup>53</sup> De fecha 04 de marzo de 1910. “la Comuna de Montpellier otorgó en exclusiva al señor Thérond la concesión para capturar perros callejeros y remitirlos al matadero cuando no los reclamasen los propietarios; éstos eran quienes, al recuperar sus animales, cubrían las tasas de retribución del concesionario, que se ayudaba también con los ingresos derivados de la comercialización de los despojos de los no reclamados. Dado el incumplimiento parcial de la comuna concedente, el señor Thérond la demandó por la rescisión de la concesión respectiva y el pago, por concepto de daños y perjuicios, de 120000 francos. El Consejo de Prefectura, ante el que se presentó dicha demanda, desestimó; por lo que el señor Thérond recurrió a la resolución respectiva ante el Consejo de Estado, quien, guiado por las conclusiones del señor Pichat, a su vez influido por el fallo Terrier, en su sentencia del 4 de marzo de 1910, resolvió sostener su competencia ya que, mediante la concesión en cuestión, la Comuna Montpellier pretendía prestar un servicio público cuyas controversias correspondía resolver a la jurisdicción administrativa”. Tomado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/9.pdf>. El Servicio Público. p 93.

<sup>54</sup> Este fallo atribuye un énfasis particular al contenido contractual en materia de servicios públicos, como criterio distintivo de jurisdicción. Será el carácter exorbitante del derecho común de los contratos el aspecto concreto que determinará la jurisdicción (y no judicial). De este modo el intento de sistematizar el contenido típico de las cláusulas contractuales exorbitantes emprendido por el comisario BLUM, si bien resulta un poco pretencioso y con poca incidencia concreta en los posteriores estudios sobre este tema, tiene el mérito de llamar la atención sobre el análisis de elementos prácticos que dejan entrever un posicionamiento de la Administración Pública diferente al de los particulares. MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Op.cit.*, pp. 131 - 132

<sup>55</sup> De fecha 22 de enero de 1921. “El comisario de gobierno Matter reporta los hechos origen de este asunto: El litoral de la Costa de Ivoire está llena de lagunas que vuelven difícil la circulación; la colonia ha tenido la buena idea de cortar la barca. Es así que sobre la laguna Ebrié, se establece una llamada Bac D'Éloka, explotada directa y personalmente por el servicio de Wharf de Bassam. En la noche del 5 al 6 de septiembre de 1920, la barca atravesaba la laguna, cargada de dieciocho personas y de cuatro automóviles yéndose a pique bruscamente: un indígena se ahogó, los automóviles se hundieron, y como no se sacaron se deterioraron. La Sociedad Comercial del Oeste Africano, propietaria de uno de esos automóviles, cita la colonia ante el tribunal de Grand – Bassam; el lugarteniente gobernador de la colonia habiendo elevado el caso al tribunal de conflictos, decidió que el litigio era de competencia de los tribunales judiciales. Con este fallo la jurisprudencia francesa se adelanta doctrinariamente en materia administrativa, y se entroniza el llamado Estado Industrial y Comercial, a través de las empresas estatales con dichos fines, teoría aceptada por el derecho administrativo colombiano, en donde se aplica el principio de la jurisprudencia de Francia, ejemplo el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, al preceptuar que los actos de las Empresas Industriales y Comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia” Tomado de: PENAGOS, Gustavo. *El Consejo de Estado de Francia. Origen del Derecho Administrativo en el Mundo*. Ediciones Librería el Profesional. Primera Edición. 1993. pp 230-235.

<sup>56</sup>MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *Op.cit.*, p. 131.

La jurisprudencia del derecho francés fijó pautas relevantes en la construcción teórica de lo que hoy constituye la definición del servicio público. Asimismo es considerable el aporte que han realizado varios teóricos sobre el tema tal como se verá a continuación.

León Duguit<sup>57</sup> y Gastón Jéze entre otros autores, aparecen como los teóricos de mayor relevancia toda vez que fijaron criterios para definir el servicio público a partir de elementos que generaron el estudio y posterior desarrollo del tema.

El criterio que consolida la puesta en escena de la teoría del servicio público para Duguit está fundamentada en la concepción de Estado, así señala que: "... los hombres políticos dignos de este nombre están de acuerdo en reconocer que se ha producido un gran cambio en la noción del Estado; que el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene grandes deberes que cumplir...<sup>58</sup>."

La noción de servicio público de DUGUIT es moderna para su época y no contrasta con la finalidad del Estado dirigida a la satisfacción del interés general. Con su aporte proporciona herramientas jurídicas al Estado para la efectiva protección de sus gobernados.

Gaston Jéze fundamenta a partir del derecho administrativo la teoría del servicio público. "La administración, cuya principal misión es hacer funcionar

---

<sup>57</sup> Señala que: "En el interior de la nación y dentro de los límites del territorio ocupado por esta nación, los gobernantes, diferenciados de los gobernados y monopolizando la fuerza, deben emplear esta fuerza en organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos; de esta suerte los servicios públicos vienen a ser uno de los elementos del Estado...". Tomado de: DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Traducción con prólogo y apéndice sobre la representación proporcional por José G. Acuña. Segunda Edición Española. Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera. Príncipe, 16 – Madrid. 1926, p, 70.

<sup>58</sup> DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho Público*. Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jean. Segunda Edición. Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera Príncipe, 16. Madrid. 1926, p, 86.

los servicios públicos, tiene a su disposición, para cumplir su tarea, dos series de procedimientos técnicos: los de derecho público y los del derecho privado. Ella se sirve de ambos, según los casos y según las necesidades, correspondiéndole elegir los que mejor le convienen [...] el *criterium* del derecho administrativo lo fija la naturaleza jurídica de las relaciones especiales y no la calidad de los autores de estos actos<sup>59</sup>. Esta conclusión destaca que es necesario revisar la finalidad de las actividades desarrolladas por el Estado para determinar el régimen normativo a aplicar.

En este contexto el Estado dejó de ser el origen de todo poder o autoridad que da órdenes. Ahora se materializa su institucionalidad en la prestación de varios servicios públicos<sup>60</sup>, los cuales continúan su desarrollo e incremento de acuerdo a las necesidades de la comunidad y la obligación del Estado de velar por su satisfacción.

De esta manera se constituye el interés general en otro criterio que permite diferenciar la acción de la Administración Pública de la de los particulares. “El criterio de servicio público como distintivo de la actividad de la Administración Pública, por una parte, y por la otra la *puissance publique* limitada objetivamente, por aquél, indican o cuando menos dejan entrever un [...]

---

<sup>59</sup> JÉZE, GASTON. Principios Generales del Derecho Administrativo I. La técnica jurídica del derecho público francés. Editorial Depalma Buenos Aires, 1948, pp XXIX-LI. Traducción directa de la 3ª edición francesa *Les principes généraux du droit administratif*, Edit. Marcel Giard, Paris, 1925.

<sup>60</sup> Otro autor que presenta una definición de servicio público en el contexto de aquella actividad de la administración en búsqueda de la satisfacción de las necesidades de la comunidad es: BÉNOIT, Francis – Paul: “Le service public est une activité administrative qui a pour objet une prestation à assurer aux particuliers. Par rapport aux autres procédés d’action de l’Administration, le service public se caractérise par le fait qu’il tend à procurer une prestation à la population, c’est-à-dire que son but est d’assurer de façon positive la satisfaction d’un besoin de la collectivité. Le service public, c’est un service rendu au public. La construction et l’entretien des voies publiques, les soins aux malades dans les hôpitaux publics, les chemins de fer publics, les postes et télécommunications, l’enseignement public, les réseaux publics de distribution d’eau, de gaz et d’électricité, les ports et les aérodromes publics, les bibliothèques publiques, voilà quelques exemples de services publics.” Tomado de *Le Droit Administratif Français*. Dalloz 1968. Biblioteca Externado de Colombia. p, 770.

criterio de carácter material que pareciera caracterizar la acción de la Administración Pública: el interés general”.<sup>61</sup>

Se atribuye a la escuela francesa naciente con León Duguit a comienzos del siglo XX la autoría de la teoría que promulgó que el derecho administrativo sería definido a través de la noción de servicio público. De esta manera se planteó un nuevo elemento que ubicó al Estado como promotor y garante del interés general: la prestación de servicios públicos.

Así “a partir de las manifestaciones teóricas de DUGUIT, el criterio de interés general pareciera tener una cierta identidad con el concepto de servicio público, pues en últimas los dos tienen contenidos ampliamente materiales e igualmente coherentes con la nueva forma de concebir al Estado. Sin embargo una vez alcanzada por el servicio público francés su clasificación<sup>62</sup> en servicios públicos administrativos y servicios públicos industriales y comerciales, va a comenzar a desdibujarse esta coincidencia, y sólo podrá pensarse en ella cuando se trate de los primeros”<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Op.cit.*, pp. 137 - 138.

<sup>62</sup> En este sentido el profesor: Francis- Paul BENOIT señala que no hay un régimen jurídico unitario en el tema de los servicios públicos, “existe trois régimes de service public: le régime des services proprement administratif, celui des services industriels ou commerciaux, celui des services judiciaires. Mais on verra aussi que les différences entre ces trois régimes sont plus apparentes que réelles, et tiennent davantage à des questions de compétence juridictionnelle qu’aux éléments de fond des régimes considérés. On verra aussi, en ce qui concerne le cas des services publics industriels ou commerciaux, que les formulations jurisprudentielles sont pour la plupart erronées, notamment en ce qui concerne le problème de la situation juridique des usagers, et qu’en réalité le régime de fond de ces services est le plus souvent identique à celui des services proprement administratifs. Contrairement aux apparences, ces différences de régime, liées, comme on le verra à la « nature » des services, sont très secondaires. Ces éléments secondaires ne doivent donc pas cacher l’essentiel, à savoir qu’il existe un régime d’ensemble des services publics. Ce régime spécifique des services publics est constitué par l’application, aux activités de prestations érigées en missions de service public, de prérogatives et obligations de puissance publique. Le service public est une des manifestations de la puissance publique avec ses pouvoirs et ses publics. Ce sont ces éléments du régime spécifique général des services publics”. Tomado de: BENOIT, Francis – Paul. *Le Droit Administratif Français*. Dalloz 1968. Biblioteca Externado de Colombia. pp, 775 – 783.

<sup>63</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Op.cit.*, p. 138.

Este criterio del interés general como advierte el profesor *Montaña Plata*, “va a tener un rol importante que, aunque no puede ser identificado con la Administración misma, sí puede actuar como delimitador y límite de la acción administrativa, y va a resultar un valor teórico de enorme trascendencia y de indiscutida vigencia en nuestros días<sup>64</sup>”.

La puesta en marcha de la Constitución Política de 1991<sup>65</sup>, hizo que principios como el de la satisfacción del “interés general” tengan fuerza, convirtiéndose tal propósito en uno de los fines del Estado Colombiano. Esto además sirve como soporte para definir algunos de los criterios que permiten caracterizar los servicios públicos: la prestación continuada en el tiempo – sin interrupciones, la adecuación de la prestación del servicio a las necesidades de los ciudadanos, la onerosidad en algunos casos como en el de los SPD, y la igualdad, entre otros.

Corolario de lo anterior surgen reflexiones acerca de la “normatividad (mixta) que caracteriza los regímenes de servicios públicos, así como afirmaciones en el sentido de que estos servicios constituyen sólo una parte del objeto de la Administración Pública y del derecho administrativo<sup>66</sup>”.

En cuanto a la definición del régimen aplicable es importante tener en cuenta que hoy en día existen actividades que no necesariamente deben ser realizadas por el Estado para que sean consideradas como públicas, pues este tiene la potestad de actuar de modo similar al de los particulares; así mismo el Estado realiza actividades propias que se llevan a cabo en ejercicio del concepto de democracia y finalidad social.

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>65</sup> Artículo 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

<sup>66</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Op.cit.*, pp. 149-150.

Es importante precisar que la noción de servicio público no siempre ha sido la misma, la evolución del derecho ha marcado pautas importantes para su definición hoy en día. Este concepto se vio envuelto por el fenómeno denominado la “crisis del servicio público<sup>67</sup>” el cual surgió a partir de los procesos de liberalización de los países en donde se da la participación de particulares en la prestación de tales servicios. Una razón para ello, fue que “el servicio público como criterio de competencia de la jurisdicción administrativa perdió nitidez cuando surgieron actividades estatales consideradas como servicios públicos de carácter comercial e industrial, las cuales no eran de conocimiento de dicha jurisdicción ni se encontraban íntegramente subordinadas al derecho administrativo. También el elemento orgánico se debilitó, al permitir la gestión de estos servicios por organismos privados sin acudir al mecanismo de la concesión<sup>68</sup>”.

La participación de los particulares en la prestación de servicios públicos se generó por razones de insuficiencia para cubrir con calidad la totalidad de los mismos. Aunado a ello no se contaba con suficiencia tecnológica, y en ocasiones tampoco con herramientas, ni maquinaria de primera calidad,

---

<sup>67</sup>“En el Derecho administrativo clásico, el servicio público proporcionaba una noción de base relativamente simple, pues la definición material y la definición formal en el estado de la sociedad de aquel momento casi coincidían; se podía tomar la palabra servicio público en uno u otro sentido; un servicio público era siempre una actividad de interés general desarrollada por la Administración. Pero las dificultades empezaron a partir del momento en que estas dos nociones se disociaron y cuando se vio a personas administrativas desarrollar actividades que no correspondían estrictamente a un interés general (por ejemplo, establecimientos corporativos como el Colegio de médicos o el de farmacéuticos), y, por otra parte, a partir del momento en que se admite que órganos privados puedan administrar servicios públicos (por ejemplo, los Comités de organización, las Cajas de Seguridad Social) [...] La consecuencia de ello es que la expresión “servicio público” se ha ampliado desmesuradamente, dado que se ha disociado la coincidencia que se producía entre servicio público material y servicio público formal, y se puede decir que todo lo que está relacionado bien con el interés general, o con la Administración, tiene tendencia a convertirse en servicio público”. Tomado de: VEDEL, George. *Droit Administratif. THÉMIS. Manuels Juridiques, Économiques et Politiques. Collection dirigée par Maurice DUVERGER. Troisième Édition Refondue. Presses Universitaires de France. 108, Boulevard Saint-Germain, Paris. 1959. pp, 583 -600.*

<sup>68</sup> DUSSÁN, HITSCHERICH JORGE. *El régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Pontificia Universidad Javeriana, 2005. P. 40.

debido en ocasiones a ausencia de recursos económicos suficientes que pudieran ser proporcionados por el Estado.

Con el propósito de señalar algunos aspectos importantes de la definición de la teoría del servicio público, su vigencia y el soporte de la participación de los particulares en la prestación de estos servicios, es necesario reseñar que: “las razones que han motivado la crisis de la noción de servicio público lograda con la experiencia jurisprudencial francesa y las contribuciones de la *école de Bordeaux* [...] son: el nacimiento de un sector considerado de servicios públicos que obedecía a estrictos presupuestos económicos y en consecuencia tenía una actividad asimilable a la desarrollada por los particulares; la resultante inserción de normas pertenecientes al derecho común para regular estas y otras situaciones relacionadas con el concepto; la aparición del particular como prestador de servicios públicos y la respectiva revalorización de diferentes medios de gestión distintos a la prestación directa (pública) y la concesión. Todas estas razones están en el marco de una normatividad que, de manera coherente con una realidad política internacional, va orientada a garantizar la iniciativa privada y por consiguiente se caracteriza por disposiciones abiertamente contrarias a políticas de nacionalizaciones, monopolios y conservación de posiciones dominantes, así como a asegurar la libre competencia”<sup>69</sup>.

Así las cosas, hoy en día, los elementos definatorios de la crisis de la noción de servicio público sirven de sustento para indicar que, “los servicios públicos no son identificables con la totalidad de las actividades que despliega la Administración Pública, pero sí con buena parte de ellas; a su vez, sí se identifican con un gran número de actividades cumplidas en la actualidad por los particulares, y respecto de las cuales, aun cuando no esté presente la Administración Pública directa o indirectamente en su desarrollo, ésta es

---

<sup>69</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Op.cit.*, p. 152.

responsable de su realización”<sup>70</sup>. Constitucionalmente se les considera inherentes a la finalidad social del Estado.

Así las cosas se puede señalar que no existe una concepción unívoca del concepto de servicio público. En Colombia se tiene de la teoría expuesta los siguientes criterios característicos: “primero, el aspecto social por el que está determinado el servicio que se enfoca en la consecución del bienestar y la satisfacción de determinadas necesidades. Segundo, el papel del Estado como aquel vigía, que en cumplimiento de un deber constitucional ejerce funciones de inspección, control y vigilancia sobre quienes se encargan de la prestación de los servicios sin importar si son particulares o no. Tercero, la noción de que el servicio público no es necesario ni siquiera prevalentemente gratuito, aunque muchos lo son o lo han sido. Cuarto, la responsabilidad que tiene la Administración Pública como elemento calificador de esta clase de servicios<sup>71</sup>”.

Las anteriores reflexiones se hacen extensivas al caso de los SPD, que a través de «la figura de la “empresa de servicios públicos<sup>72</sup>” – es la responsable de la prestación del servicio a su cargo – y no la Administración Pública –, no obstante ello la responsabilidad, al menos desde una

---

<sup>70</sup> Ibidem, pp 161-162.

<sup>71</sup> SÁNCHEZ Morón, Miguel. *Derecho Administrativo*. Parte General, Editorial Tecnos, 2005, p. 737.

<sup>72</sup> Artículo 17 Ley 142 de 1994. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.



perspectiva extracontractual, es de tipo civil (art. 2341Cód. Civ.<sup>73</sup>)»<sup>74</sup>. De esta manera el criterio de la responsabilidad de la Administración Pública constituye un elemento de identificación de la teoría del servicio público aún en nuestros días.

Dada la posibilidad de la prestación de los SPD por parte de los particulares, ello no implica desligar al Estado de su deber de vigilancia y control (que para el caso Colombiano lo tiene a cargo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios), lo mismo que existen “las comisiones reguladoras de servicios públicos domiciliarios, caracterizadas por una singularidad sin precedentes en materia orgánico – administrativa, que obedecen al espíritu anglosajón de las “autoridades independientes” y, pese a resultar de uno u otro modo sujetas al ministerio del campo respectivo, dejan la duda sobre su real posicionamiento estructural y los alcances de su “independencia”<sup>75</sup>.

En este orden de ideas, el aporte de la doctrina se da en la identificación de dos elementos característicos de la noción de servicio público los cuales cobijan a los SPD. Uno de ellos es el interés general, que puede tener un “tratamiento diferenciado o especial desde el punto de vista jurídico a una actividad que, de acuerdo con la realidad actual, puede o no ser desarrollada por la Administración Pública”<sup>76</sup>. El otro elemento, se relaciona con el

---

<sup>73</sup> Artículo 11.9. Ley 142 de 1994: Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. En materia de falla del servicio esta norma dispone en el Art. 136: La prestación continúa de un servicio de buena calidad, es la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos.

El incumplimiento de la empresa en la prestación continua del servicio se denomina, para los efectos de esta Ley, falla en la prestación del servicio.

La empresa podrá exigir, de acuerdo con las condiciones uniformes del contrato, que se haga un pago por conexión para comenzar a cumplir el contrato; pero no podrá alegar la existencia de controversias sobre el dominio del inmueble para incumplir sus obligaciones mientras el suscriptor o usuario cumpla las suyas.

<sup>74</sup> MONTAÑA, Plata Alberto. *Op.cit.*, p. 171.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p, 173.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp, 171-178.

tratamiento o contenido que los desarrollos legales y demás instrumentos normativos e interpretaciones judiciales le dan a la noción.

Queda ahora pendiente el soporte constitucional que tiene el tema del servicio público y de manera especial el relacionado con los SPD. En este acápite se ha delimitado el tema del servicio público, sus elementos diferenciadores, lo mismo que la incidencia del derecho administrativo en su desarrollo.

La construcción teórica alcanzada hasta ahora, merece ser abordada teniendo en cuenta las herramientas brindadas al tema a partir del texto constitucional de 1991. Este será el argumento que ocupe nuestra atención en el siguiente título.

### **A.3 CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Revisada la incidencia de la forma de Estado en la conceptualización del servicio público, y analizados los elementos teóricos desde la base de Colombia como Estado social y democrático de derecho, a continuación se presentará el papel del Estado en cuanto al cumplimiento de los deberes que se le impone, específicamente en el tema de los servicios públicos, que se constituyen en elemento definitorio de los fines estatales.

A partir del régimen normativo desarrollado en el país, el tema de los SPD debe identificar su contenido teleológico. Estos gozan de un elemento distintivo frente al desarrollo de funciones administrativas, toda vez que se permite que los particulares los lleven a cabo, lo que le da nuevas dimensiones al concepto de servicio público, las cuales se encuentran soportadas constitucionalmente como se verá a continuación.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional ha presentado varias definiciones, dentro de las cuales se destaca aquella que señala que «los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del estado social de derecho colombiano (art. 365 superior), que busca servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º *ibid*), no cabe duda de que aquellos que persiguen un completo acercamiento entre los individuos y el Estado, deben ser objeto de su más honda preocupación»<sup>77</sup>. En coherencia con la teoría del servicio público estudiada, el *interés general* cobra nuevamente un papel relevante que se ve reflejado en el propósito de prestar un servicio en forma eficiente, regular y continua, con el objeto de lograr el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Dado el alcance constitucional que envuelve al Estado colombiano es necesario precisar que «la razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros [...]. En este sentido los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, en orden a la realización de los fines esenciales del Estado, a la justicia social y a promover la igualdad en forma real y efectiva»<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Corte Constitucional. Sentencia C - 066 de 1997 – Expediente: D- 1394. Esta sentencia resolvió la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, mediante la cual se solicitó a esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 24 (parcial), 27 (parcial), 30, 31, 32 (parcial), 35 (parcial), 37, 38 (parcial) y 39 (parcial) de la ley 142 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

<sup>78</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-380 de 1994 – Expediente: T - 40.164. En esta sentencia se estudió el caso del corte del servicio de fluido eléctrico a un colegio por parte de la Electrificadora lo que trajo como consecuencia la necesidad de suspender las clases.

Dentro de este concepto general de servicio público<sup>79</sup>, subyace uno específico atribuido a lo que se ha denominado por el derecho colombiano los servicios públicos domiciliarios. Estos cuentan con los elementos esenciales de los servicios públicos y forman parte de la finalidad del Estado social y democrático de derecho, que busca la satisfacción de los individuos como un fin en sí mismos<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 1997 - Expediente D-1400. En esta sentencia se estudió la demanda de inconstitucionalidad del inciso primero y el literal e) del artículo 1o. del Decreto Extraordinario 753 de 1956. En este texto respecto del servicio público se señaló: “El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado. En el momento actual, no ha presentado una modalidad estática, sino cambiante y adaptable a la praxis económica y social, así como consecuente con el permanente avance de sus contenidos, entendiéndose por el mismo en el ámbito jurisprudencial y doctrinario como aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda”. En el mismo sentido la sentencia C-378 de 2010 – Expediente D-7940 mediante la cual se resolvió la demanda la inconstitucionalidad del numeral 3° (parcial) del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, dispuso: “la noción de servicio público, tema verdaderamente complejo en el Derecho público, no corresponde sólo a una definición de orden formal o desde una perspectiva organicista, sino que en ella subyacen también aspectos materiales relacionados con el cumplimiento de los fines del Estado y el bienestar general de los asociados, ya sea de manera directa por las autoridades estatales o bien con el concurso de la empresa privada”. En el mismo sentido la Sentencia T-578 de 1992 – Expediente: N° T-1848 resolvió lo referente al incumplimiento en la instalación del servicio de acueducto, y la correspondiente violación al derecho fundamental al servicio público domiciliario de acueducto, señala que, «La noción conceptual de "servicio público" es una de las más adecuadas para justificar el carácter de *ius in fieri* atribuido o reconocido al derecho administrativo. Esta noción es bastante controvertida, para su estudio se observan concepciones antagónicas -por un lado la orgánica (es servicio público según quien lo preste), y por el otro la funcional o material (es servicio público, según la naturaleza del servicio). Las ideas fueron evolucionando a través del tiempo en ambas concepciones de servicio público. El servicio público no es simplemente un "concepto" jurídico; es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico».

<sup>80</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 1997 – Expediente: T-108711. En esta sentencia se resolvió la acción de tutela en contra de la Electricidad de Córdoba, Seccional Montelíbano, por violación de los derechos de petición, a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, consagrados en los artículos 11, 12, 13 y 23, así como los derechos colectivos y del ambiente a los que se refiere el Capítulo 3 de la Constitución Política. En este documento se señaló: «Aunque el Estado no está llamado a garantizar la plena satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, por lo menos debe asegurar unas condiciones mínimas de justicia material a sus miembros, más aún, en el marco normativo de un Estado social de derecho como el consagrado en la Carta Política de 1991, en donde el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares se presenta como una exigencia perentoria. Uno de los mecanismos gubernamentales para cumplir con este deber es la adecuada prestación de los servicios públicos. El Estado social y democrático de derecho tiene una concreción

El fundamento constitucional de los servicios públicos domiciliarios se encuentra en el Título XII: DEL REGIMEN ECONOMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA, Capítulo V: DE LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Se aprecian en este contexto los artículos 333<sup>81</sup>, 334<sup>82</sup>, 365<sup>83</sup> y 370<sup>84</sup> que consagran entre otros principios el

---

técnica en la noción de servicio público. El Constituyente al acoger esta forma de organización político-social elevó a deber constitucional del Estado suministrar prestaciones a la colectividad. La naturaleza social y democrática del Estado considera a cada ciudadano como un fin en sí mismo, en razón de su dignidad humana y de su derecho a la realización personal dentro de un proyecto comunitario que propugna por la igualdad real de todos los miembros de la sociedad. Por lo tanto, la administración está sujeta a un concepto evolutivo de mayores prestaciones y mejores servicios al público, según las cambiantes necesidades y la complejidad del mundo moderno.»

<sup>81</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

<sup>82</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, ARTÍCULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. PARÁGRAFO. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

<sup>83</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 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

de la libertad de competencia y la libertad para participar en la prestación de los servicios públicos por parte de los particulares<sup>85</sup>.

El art 370 constitucional hace mención del tema de los servicios públicos domiciliarios, actividad que se sustenta en lo reglado de manera general por la ley 142 de 1994 y sus modificaciones.

En estos instrumentos se consagró entre otros aspectos, lo relacionado con: la intervención del Estado en relación con la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante<sup>86</sup>. La libertad de empresa<sup>87</sup> desarrollada a través de las *empresas de servicios públicos*, que pueden ser constituidas por personas naturales o jurídicas organizadas para tal fin, los municipios cuando asuman la prestación del servicio en forma directa, organizaciones aprobadas para la prestación de servicios públicos domiciliarios, entre otros, tal como se refiere en el art. 15 de la ley en mención.

---

particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

<sup>84</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, ARTÍCULO 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

<sup>85</sup>Dentro de los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente se planteó el tema y se consignó como aparece a continuación: *Gaceta Constitucional*: Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 1. 13 de febrero de 1991: Dentro del Título III – De los Derechos Civiles y las Garantías Sociales. Num 20 dispone: “el inciso 3 del art 32 será reemplazado por el siguiente: Los servicios públicos básicos como acueducto, luz eléctrica, telecomunicaciones, seguridad social, podrán ser prestados tanto por el Estado, como por los particulares. El Estado, sin perjuicio de su responsabilidad en asegurar la prestación de dichos servicios, facilitará la acción de la iniciativa privada. La ley reglamentará la materia”.

<sup>86</sup> LEY 142 DE 1994, Artículo 2, numeral 2.6.

<sup>87</sup> LEY 142 DE 1994, Artículo 10 y artículo 15 Pueden prestar los servicios públicos: numeral 5.2. “Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos”.

Para comprender aún mejor cómo se llegó a este desarrollo, es necesario resaltar el trabajo promovido por la Constituyente, por cuanto era una exigencia para esta Asamblea sentar unos sólidos fundamentos constitucionales que cimentaran la solución a la grave problemática que vivía el país en materia de servicios públicos domiciliarios, categoría especial para diferenciarlos de los servicios públicos en general.

En este sentido, algunos constituyentes llamaron la atención sobre numerosas protestas efectuadas por la población inconforme con la ausencia o deficiencia en la prestación y en la calidad de los SPD. También se evidenció el estado crítico de estos<sup>88</sup> y se recalcó la importancia económica y

---

<sup>88</sup> *Gaceta Constitucional*: Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 1. 13 de febrero de 1991: Título V. DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS SOCIALES. «...se ha dicho con razón que un Estado verdaderamente democrático es aquel en el que “cada cual, directamente o a través de grupos organizados, tiene algún poder y nadie puede tener demasiado poder”. No es menos cierto, sin embargo, que uno liberal es aquel que entre el monopolio y la burocratización, de un lado, y la competencia y la libertad de otro, prefieren estas últimas. Por eso modificamos en ese sentido el A. 32 y adicionamos el A. 39. El primero para introducir el concepto de competencia y competitividad, y el segundo para combatir los monopolios de hecho a nivel de la sociedad, en la vida real. Y el mismo tratamiento le damos a los monopolios que en materia de servicios públicos no esenciales mantiene el Estado con los resultados desastrosos que hoy se expresan en las más diversas formas de protesta y de violencia. Y no puede ser para menos, pues, el 45.6% de la población colombiana se encuentra sin los más elementales servicios públicos. Son 12.561.239 personas con Necesidades Básicas Insatisfechas (N.B.I sobre 27.575.023 que arrojó el censo de 1985)».

Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No.43 de 15 de marzo de 1991. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS «...Se considera que las varias y distintas normas contenidas en el artículo 32 deben llevar articulado diferente, reservando lo referente a la intervención en los servicios públicos en general, para un segundo artículo de un nuevo título de la Constitución Política destinado a los servicios públicos, en particular a los domiciliarios, dado su estado crítico actual y la importancia económica y social que tienen y tendrán, como instrumentos poderosos que son para lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la población....Según lo ha precisado la doctrina, la crisis de los servicios públicos domiciliarios (agua, energía eléctrica, aseo, alcantarillado, telefonía, salud, gas natural y correos) obedece a factores diversos que justifican la intervención estatal, tales como la insuficiencia y la dispersión de recursos financieros, técnicos y administrativos, la demanda constante de ampliación de su cobertura dada la migración a las ciudades y la ausencia de ellos en las zonas rurales, la mala calidad de los servicios, la burocratización que han tenido bajo la presión de intereses políticos partidistas, el elevado, confiscatorio y discriminatorio costo fijado en las tarifas, y el desgüeño en su manejo administrativo. Aproximadamente el 50% de los núcleos urbanos carecen de servicios públicos domiciliarios según las estadísticas conocidas, y se supera en mucho ese porcentaje en las zonas rurales. De igual modo, la doctrina ha justificado el intervencionismo estatal en los servicios públicos diciendo que dado el interés público que le sirve de causa y de finalidad, con él se logra corregir las inequidades existentes en la distribución del ingreso y de la riqueza; permite garantizar el buen desempeño de la economía, otorgándoles la debida infraestructura; orientar correctamente los recursos financieros requeridos; y proteger el bien común, evitando los efectos

social que tienen los servicios públicos para el país, así como su régimen tarifario<sup>89</sup>; por esto los constituyentes coincidieron en darle un trato especial a los servicios públicos y, así, la mayoría de propuestas se inclinaron por crear un título nuevo en la Constitución<sup>90</sup> que consagrara sus bases constitucionales<sup>91</sup>.

---

nocivos de sus condiciones generalmente monopólicas (Ochoa F., Francisco J., *Servicios Públicos e intervención del Estado*, 1990, documento para la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano)».

<sup>89</sup> Desde este acto reformativo - *Gaceta Constitucional*: Proyecto No. 1. 13 de febrero de 1991: Dentro del Título III – De los Derechos Civiles y las Garantías Sociales. Num 24: adiciónese el art. 39 de la actual Constitución Nacional con el siguiente inciso: «las tarifas de los servicios públicos serán progresivas y se cobrarán tomando como base el consumo, y en función, no del estrato urbano en que se encuentre ubicado el inmueble, sino del avalúo catastral del mismo; ya se concebía la prestación de los servicios públicos domiciliarios por fuera de la gratuidad, y máxime dada su incidencia en la economía del país, independiente de si su prestación se hace de manera directa por el Estado o por los particulares».

<sup>90</sup> Proyecto de Acto Reformativo de la Constitución Política de Colombia No.43 de 15 de marzo de 1991. Título: Título Nuevo Servicios Públicos. «Art. 1. Los servicios públicos constituyen emanación de la soberanía nacional, y su finalidad es la de satisfacer los intereses y necesidades generales mediante un orden económico y social justo. Art. 2. El Estado intervendrá por mandato de la ley en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos estatales y privados, para racionalizar y planificar la economía, y a fin de lograr el desarrollo integral y armónico de la comunidad en lo económico y social. Art. 3. Son servicios públicos esenciales y a cargo exclusivo de la Nación los de policía, seguridad civil, justicia y defensa nacional. Los demás servicios públicos podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, o por la empresa privada o los particulares, con sujeción a un régimen de derecho público establecido por la ley. ...Art.5. La política administrativa y financiera de los servicios públicos que no son de cargo exclusivo de la Nación será trazada por el Consejo Nacional de Tarifas, presidido por el Presidente de la República y organizado por la ley, en el cual serán oídos previamente a sus decisiones los Gobernadores y Alcaldes de las regiones y municipios afectados con ellas, así como los representantes elegidos por los usuarios. Así mismo, la ley creará Consejos Regionales de Tarifas y establecerá y reglamentará sus funciones. La inspección, control y vigilancia de la aplicación de esa política será ejercida por la Superintendencia de Servicios Públicos que organice la ley. Los municipios tendrán representación en las entidades y empresas que administren servicios públicos regionales. ...Art. 7. Las empresas o entidades de todos los niveles que presten servicios públicos que no sean de cargo exclusivo de la Nación estará sometidas a un régimen jurídico especial de derecho público expedido por la ley, las ordenanzas o los acuerdos municipales, según el caso. Tendrán como órganos de administración un gerente o presidente que será su representante legal, y una junta en la cual estarán representados la Nación y las Entidades Territoriales, según el caso, los sectores civiles de carácter comunitario, técnico y financiero, y los respectivos usuarios que estén organizados en asociaciones. La ley reglamentará esas representaciones sin omitir la participación del ministerio público y de las respectivas contralorías. Art. 8. La ley establecerá los elementos y criterios para la determinación y actualización de las tarifas de los servicios públicos exigiendo la fijación periódica de un tope cuantitativo y una especial protección a la población de las zonas rurales. La ley determinará los derechos y deberes de los usuarios y el régimen de su protección jurídica. Para la determinación de las tarifas de dichos servicios el Consejo Nacional de Tarifas y las empresas y entidades que presten esos servicios tendrán en cuenta los planes regionales y locales que para el efecto aprueben los Consejos Regionales de Tarifas, y entre otros factores, las condiciones financieras de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, la



Lo anterior también sirvió como fundamento para que el constituyente calificara los SPD como integrantes de la soberanía del Estado Colombiano<sup>92</sup>, dentro del concepto de Estado Social de Derecho que lo caracteriza<sup>93</sup>.

De los antecedentes del Capítulo 5 en el Título XII de la Constitución, se debe resaltar que existe, en la Constitución Política, un tratamiento especial al tema de los servicios públicos, que implica una relación directa entre el *régimen económico y de la hacienda pública* del Estado, el Estado social de Derecho<sup>94</sup> y los Servicios Públicos<sup>95</sup>. Lo anterior se refleja en que el Estado

---

capacidad económica personal de los usuarios, la proporcionalidad con el salario mínimo y el costo real de su consumo».

<sup>91</sup> ARAUJO, OÑATE ROCÍO MERCEDES. *Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia*. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Colección textos de Jurisprudencia. Conmemoración de los 10 años de la Maestría en Derecho Administrativo. 2007. p. 148.

<sup>92</sup> ARAUJO, Oñate Rocío Mercedes. *Op. Cit.*, p. 149.

<sup>93</sup> Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No.43 de 15 de marzo de 1991. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. «...En el proyecto de título que estamos motivando hemos aclarado que los servicios públicos pueden ser tanto estatales como privados, pues estos últimos también son públicos. Y es necesario tener presente, dada la equívocidad del término “servicio público”, que ha sido materia de inacabadas discusiones doctrinarias sobre su noción y sus alcances, que para el Constituyente colombiano son servicios públicos esenciales o básicos, a los cuales deben concretarse principal y prioritariamente los cometidos estatales, de policía, seguridad civil, justicia, educación básica y defensa nacional. El individualismo económico cuya filosofía inspiró la Constitución de 1886, y las que le precedieron, fue sustituido en la reforma de 1936 con las tesis neoliberales del intervencionismo estatal. Dado el abandono de los cometidos básicos del Estado en razón de su dedicación a actividades comerciales e industriales no prioritarias, se impone ahora autorizar la privatización de los que no son de cargo de la Nación en cuanto lo demanden las circunstancias en cada caso. [...]De otra parte la fijación de tarifas viene siendo de competencia desde 1968 de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, como organismo adscrito al Departamento Nacional de Planeación. Consideramos que la fijación de las políticas sobre tarifas debe ser atribución del organismo propuesto, el Consejo Nacional de Tarifas; y que las funciones de vigilancia, control y sanción sean atribuidas a la Superintendencia de Servicios Públicos. [...]La coexistencia de la democracia representativa con la participativa, es una exigencia imperiosa de los tiempos modernos, pues sin esta última se pone en peligro la estabilidad de las instituciones políticas, dado que ella es soporte fundamental del Estado de Derecho. Es así como se propone que además de darles esa entidad y personalidad a las empresas y entidades de servicios públicos que no son de cargo de la Nación, ellas tengan juntas que deben tener representación del sector civil, comunitario, técnico, y financiero, así como de los usuarios organizados en asociaciones legalmente constituidas».

<sup>94</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 1064 de 2001- Expediente: D-3449: En esta sentencia se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º, parcial, de la Ley 628 de 2000, por la cual se decretó el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31º de diciembre de 2001. En este documento se señalaron los elementos característicos del Estado Social de Derecho, los cuales son tenidos en cuenta dentro de los argumentos

---

de la decisión en los siguientes términos: «La fórmula política del Estado Social de Derecho exige, así, que los órganos del Estado forjen la realidad institucional según los principios fundamentales de una organización social justa de hombres y mujeres igualmente dignos (preámbulo y artículos 1, 2, 13, 42 a 50, 363 y 366 CP). Ello supone, entre otras cosas, la superación del concepto formal de Estado de Derecho, limitado a la provisión de garantías y procedimientos necesarios para asegurar la libertad legal de la persona, y sometido, desde principios del siglo XX, a la crítica socialista según la cual este se limitaba a reflejar los intereses de propietarios, empresarios y comerciantes. Tal superación implica, además, la vinculación jurídica de las autoridades a unos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todos, particularmente, mediante la previsión del mínimo vital, la promoción y participación de los individuos en la vida política, económica y cultural, la protección especial a personas y grupos excluidos y la intervención en la economía con miras a corregir con medidas redistributivas las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad».

<sup>95</sup> Lo referido además de ser tratado en cada debate asumido por la Asamblea, presentó en la *Gaceta Constitucional* N° 53 de 18 de abril de 1991 el tema puntual de los Servicios Públicos con la siguiente Exposición de Motivos: «...En nuestro derecho constitucional el tema de los servicios públicos no ha sido tratado con profundidad ni autonomía. En la reforma constitucional de 1936 se institucionalizó la intervención del Estado en la economía como principio y se le agregó al derecho de propiedad una “función social”, manteniendo la supremacía del interés general sobre el privado que venía de la Constitución de 1886. La de 1945 no hizo más que obviar requisitos de forma que dificultaban la intervención en cabeza del Ejecutivo y decir que la justicia es un servicio público a cargo de la nación (C.P. Art. 58). Fue, entonces, la reforma constitucional de 1968 la que por dos caminos tocó tangencialmente el tema de los servicios públicos; primero, al reformar el artículo 32, explícitamente diciendo que “los servicios públicos y privados” podrían ser materia concreta del intervencionismo, es decir, objeto de esa acción estatal, circunstancia que se repite en el último inciso del actual artículo 39; segundo, al introducir el concepto de planeación en la Carta, previno una distribución lógica de las competencias entre la nación y las entidades territoriales, según aparece en el actual artículo de la C.P., fuera de estos parámetros o guías de conducta, nada aparece en la actual Constitución que se refiera a los servicios públicos en su verdadera dimensión y proyección económica y social.

Ahora con nuestra propuesta, se consigna a nivel constitucional un catálogo sintético, pero completo, de principios, derechos y deberes que debe observar el Estado, las empresas gestoras y los usuarios en relación con la prestación de los distintos servicios públicos. Se ha procurado que el mandamiento constitucional sea claro y directo para que la ley, los jueces, los usuarios y cualquier ciudadano tenga en la carta una verdadera guía de conducta para comprender este tema vital en sus relaciones de comunidad. [...] Estimamos los ponentes que una clara normatización de los servicios públicos permite darles el tratamiento que históricamente se merecen en la sociedad moderna, y que ameritan incorporar la temática a un título y desarrollarlos como capítulos y artículos propios. La filosofía que nos acompaña no es la de avalar actitudes mesiánicas y caritativas del Estado, sino la de jerarquizar esta temática como derecho inalienable, imprescriptible, indelegable del conjunto de la población en ejercicio de su soberanía. Creemos entonces que la eficiencia en la prestación de los servicios públicos del Estado es de su esencia filosofía humanista, finalista y social, y por tal motivo la nueva carta política ha de ser claramente prescriptiva en esta materia.

La concepción de los servicios públicos como expresión de la finalidad social del Estado determina el establecimiento de los derechos sociales de los asociados como bienes jurídicos cuya protección recae en los distintos niveles del Estado, lo que hace imperativo consagrar constitucionalmente estas garantías, para que la satisfacción de las necesidades vitales de la población tengan una base jurídica al más alto nivel. Igualmente es necesario crear unos mecanismos que tomen en cuenta la diversidad regional y la municipal, tendencias del mundo moderno, así como el acceso de la comunidad al diseño y la gestión de las políticas a ella referidas en todos los órdenes territoriales. Los excesos centralistas, característicos de la actual política de los servicios públicos, han generado un fuerte sentimiento descentralizador en todo el país, que no puede ser desatendido por la Asamblea Nacional Constituyente aunque sin caer en estrechos regionalismos. Según se precisa, los servicios públicos se encuentran en crisis: macro-economía de cobertura que implica menor nivel de vida en los sectores pobres, así como

dejará de ser prestador de los SPD y se convertirá en su regulador. Bajo la anterior premisa, debe entenderse que los servicios públicos constituyen las finalidades sociales del Estado, pues comprenden parte del bienestar general y mejoran la calidad de vida de la población; por esto, resulta ser para el Estado un imperativo categórico el acceso al SPD y su prestación eficiente, pues dichos servicios hacen parte de la soberanía del Estado por haberse señalado que son inherentes a la finalidad social de este<sup>96</sup>.

En virtud de la importancia de los SPD y su relación con la dignidad humana<sup>97</sup>, los derechos humanos y el desarrollo económico y social del país, concibieron los constituyentes un especial marco normativo, comprendido, en primer lugar por los fundamentos constitucionales, como marco obligado de referencia para los desarrollos legales, reglamentarios y regulatorios que se

---

una mayor tasa de morbi-mortalidad, ecológica-sanitaria y política: (que ha ocasionado multiplicidad de protestas cívicas) y desnivel regional por aceptable cobertura en las grandes capitales pero con una muy baja en las áreas rurales, intendencias y comisarias. Esta crisis justifica la intervención estatal, pues la insuficiencia e ineficiencia; la mala calidad y la corrupción, la burocratización política y lo confiscatorio de las tarifas; unido al total desgüeño en el manejo administrativo, ameritan ciertamente, una radical gestión estatal de control y vigilancia y, así mismo, obligan a la Asamblea Nacional Constituyente a buscar soluciones y propuestas realistas pero radicales y con visión futurista.

Consideramos que la fijación de la política sobre los servicios públicos domiciliarios, así como la orientación tarifaria, redistributiva y solidaria amerita asignar al Presidente la función estatal de señalar las políticas generales de administración y evaluación de los servicios públicos domiciliarios [...] Igualmente se debe impulsar la creación de un instrumento ágil, eficiente y renovado de fiscalización y control, autónomo de los grandes poderes políticos y económicos, estableciendo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, instrumento reclamado por el conjunto nacional y que velará por la participación y cumplimiento de los objetivos, partiendo de la base de la gestión de los servicios públicos domiciliarios, no puede tener como objeto la maximización de ganancias, sino financiero y económico, amplia cobertura y bajos costos para los usuarios, de acuerdo con su capacidad económica. Es inaceptable que los reajustes tarifarios que se vienen ordenando obedezcan al desgüeño administrativo, así como a las obligaciones financieras que sin respaldo presupuestal suficiente han adquirido, pretendiendo trasladarle al usuario el costo del servicio de la deuda o de la ineficiencia y corrupción».

<sup>96</sup> ARAUJO, OÑATE ROCÍO MERCEDES. *Op. Cit.*, p. 150.

<sup>97</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 926 de 1999. Expediente – T – 237.022. En esta sentencia se estudió la revisión de una acción de tutela impetrada contra una Cooperativa de Servicios de Salud por una presunta violación de los derechos a la salud, la vida, la integridad personal y el respeto a la dignidad humana, en razón de no suministrar las medicinas formuladas por el médico tratante por no estar en la lista oficial de los medicamentos. En este documento se señalan aspectos relevantes respecto de la dignidad humana, así: “... el concepto de dignidad humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas”.

derivan de los cánones previstos en la Constitución, dentro de los cuales se encuentra la reserva que hizo el Constituyente a la ley, para establecer el régimen jurídico de los servicios públicos.

Por otro lado, se previno la función regulatoria de los servicios públicos para ejercer por parte del Estado. Igualmente, se contempló la formulación de la política de administración y control de eficiencia de los SPD<sup>98</sup>, que se desarrollaría con fundamento en la ley.

Con relación al estudio efectuado por la Asamblea Nacional Constituyente acerca de los SPD<sup>99</sup>, se tiene que se diseñaron sus características

---

<sup>98</sup> Art. 370 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>99</sup> Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No.43 de 15 de marzo de 1991. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS «... Cabe registrar que las Superintendencias son organismos de la administración nacional central creados para ejercer un control de gestión, el que aplicado a los servicios públicos no pueden tener como objeto la maximización de utilidades, sino la satisfacción de necesidades colectivas y consideraciones de orden local, financiero, y económico, amplia cobertura y bajos costos para los usuarios, de acuerdo con su capacidad económica. [...] Los principios básicos de una buena administración en materia de servicios públicos domiciliarios han sido señalados por la doctrina, diciendo que ellos son el de neutralidad (“cada consumidor debe pagar el costo real de prestación del servicio”), con lo cual se excluyen los recargos impositivos que no corresponden a ese concepto; el de eficiencia (“las tarifas deben inducir la mejor utilización de los recursos disponibles y el uso eficiente de los servicios”); el de igualdad (“usuarios con características semejantes de consumo deben pagar tarifas iguales”); complementariamente, el de equidad social (“las clases sociales más desfavorecidas deben recibir subsidios para permitirles el acceso y disfrute de los servicios públicos”); el de viabilidad financiera (“las tarifas deben proveer suficientes recursos para ampliar la cobertura y mejorar la calidad del servicio”); el de estabilidad (“se debe evitar fluctuaciones bruscas en las tarifas de un período a otro”); y el de sencillez (“el sistema de tarifas debe facilitar la medición, cobro y comprensión por parte del usuario”). Resulta obligatoria la aplicación de estos principios, pues el criterio aplicado actualmente es el señalado en el decreto – ley 3069 de 1968, según el cual las tarifas deben fijarse en forma que protejan los activos y se obtenga rentabilidad para “facilitar apropiadamente la financiación de los programas”, sin perjuicio de que se tenga en cuenta la capacidad económica de los usuarios, como lo registra la doctrina.

Las tarifas de estos servicios no pueden ser susceptibles de reajustes automáticos, conocidos como upaquizaciones y en general de reajustes de manera arbitraria, porque de esa manera la propia Administración fomenta la inflación, encareciendo el costo de vida de las familias, sin consideración al incremento patrimonial que ellas hayan tenido y al salario mínimo. Es inaceptable que los reajustes que se vienen ordenando obedezcan al desgüeño administrativo que en buena parte vienen teniendo las empresas que prestan tales servicios, dentro del cual se cuentan las obligaciones crediticias o financieras que sin respaldo presupuestal suficiente han adquirido, pretendiendo trasladarle a los usuarios el costo del servicio de la deuda, externa o interna. Es éste un sistema que no tiene justificación porque incide también en el costo de vida de las clases sociales marginadas económicamente, y en general de la población, porque atenta contra principios elementales de justicia y equidad. Se entiende la necesidad de los ensanches de la cobertura de los servicios, del mejoramiento

especiales, se señaló el organismo de control y vigilancia de los mismos, aspectos económicos y su definición primigenia, cuyo desarrollo fue presentado con posterioridad a través de la ley 142 de 1994. También sirvieron como criterio de orientación para su conceptualización las necesidades propias del país, con una idiosincrasia y aspectos demográficos propios entre otros, que incidieron en su concepción y en el ejercicio y alcance de los propósitos trazados con su inserción en la Constitución.

En este contexto dentro de los aspectos a resaltar con el desarrollo constitucional de 1991, se tiene que, «pasa el Estado, de ser el prestador directo de los servicios públicos, a convertirse en el garante o asegurador de su prestación eficiente y oportuna. Este es un cambio filosófico importante en nuestra Constitución. Y en tal rol de garante, es al Estado a quien le corresponde verificar que los servicios públicos logren cumplir las expectativas de la población [...] y no podría ser de otra forma; en primer lugar, el impacto social de los mismos en el bienestar de la comunidad, y en segundo término, que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Esta es pues, la base constitucional del esquema actual de los servicios públicos en que el Estado, si bien permite que los particulares puedan prestar tales servicios, reserva para sí la regulación, el control y la vigilancia sobre los mismos, pues de no hacerlo, estaría incumpliendo gravemente sus deberes para con la comunidad»<sup>100</sup>.

---

de su calidad y del buen funcionamiento de la administración de las empresas, pero se considera que tales necesidades deben ser subsidiadas con aportes del presupuesto nacional, particularmente en cuanto se pretenda satisfacer la necesaria ampliación de la cobertura. Así lo demanda el carácter prioritario que tiene el cometido estatal de atender los servicios públicos domiciliarios y locales, dado que ellos constituyen ejercicio de la función pública. Necesariamente las tarifas requieren actualizaciones periódicas, pero esas actualizaciones deben tener en cuenta como factor básico los incrementos del salario mínimo, con los cuales deben guardar proporción».

<sup>100</sup> DEVIS, GRANADOS ISAAC ALFONSO. *Aspectos Constitucionales de los servicios públicos y las telecomunicaciones en Colombia*. Colección textos de jurisprudencia. Editorial: Universidad del Rosario, 2007. p, 200.

En la concepción de servicio público domiciliario, el Estado a través de órganos que se han creado con funciones propias – Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – ejerce actividades de inspección, control y vigilancia de los prestadores de dichos servicios. Se evidencia entonces que, la prevalencia del interés general hace que se tomen medidas por parte del Estado, toda vez que en ocasiones es mejor que ciertas actividades sean prestadas por el sector privado buscando mayores niveles de eficiencia, reservándose la Administración ciertos mecanismos de control.

De acuerdo con la necesidad de lograr una mayor cobertura y permitir a los ciudadanos colombianos acceder a los SPD se amplió la posibilidad a otros prestadores para que se encargaran de estos servicios y se pudiera alcanzar dicho propósito estatal. Tarea que se pudo llevar a cabo en buena medida y así lo demuestran las estadísticas del Dane – Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2011<sup>101</sup>. «...De acuerdo con el diseño estadístico de la Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2011, el tamaño de la muestra fue de 25.364 hogares, el universo de la encuesta está conformado por la población civil no institucional residente en el territorio nacional excluyendo la parte rural de los departamentos creados por la constitución de 1991. La información obtenida se expande con proyecciones de población, con base en los resultados del Censo 2005.

Las principales variables que incluye la ENCV 2011 son: tipo de vivienda y características físicas (material de paredes pisos), acceso a servicios públicos, privados o comunales, y variables demográficas como: sexo, edad, parentesco, estado civil, salud, cuidado de niños y niñas menores de 5 años,

---

<sup>101</sup> Tomado de: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones\\_vida/calidad\\_vida/Boletin\\_Prensa\\_ECV\\_2011.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/calidad_vida/Boletin_Prensa_ECV_2011.pdf),

fuerza de trabajo, tenencia y financiación de la vivienda y condiciones de vida del hogar»<sup>102</sup>.

Con las cifras presentadas se observa la cobertura que se ha llevado a cabo en materia de servicios públicos domiciliarios. En relación con el servicio de telefonía fija hay una disminución en el porcentaje de hogares que desean este servicio, esto en razón de la posibilidad de acceder al uso de telefonía móvil celular por parte de un mayor número de usuarios.

Hoy en día «el uso de la tecnología se evidencia en todo el país y la información muestra incrementos de 2,1 puntos porcentuales a nivel nacional. El 90,2% de los hogares mencionó que algún miembro del hogar cuenta con teléfono celular para uso personal o del hogar, mientras que en 2010 era 88,1%. En el resto, la disponibilidad de telefonía celular por algún miembro del hogar ascendió a 82,4% de los hogares, mientras que en el año 2010 alcanzaba un 79,4%. En las cabeceras se presentó un incremento de 1,9 puntos porcentuales en la cobertura al pasar de 90,5% en 2010 a 92,4% en 2011»<sup>103</sup>. Se presenta de esta manera cifras que dan cuenta de la

---

<sup>102</sup> En el caso del servicio de energía eléctrica, se presentó una leve disminución de la cobertura a nivel nacional en donde la cobertura pasó de 97,7% en 2010 a 97,4% en 2011.

En 2011 a nivel nacional, la cobertura de gas natural fue 52,1%; en la cabecera la cobertura pasó de 65,3% en 2010 a 65,6% de los hogares en 2011, mientras que en resto se presentó una reducción de 1,1 puntos porcentuales, representando una cobertura del 4,0% de los hogares.

En 2011, el 87,3% de los hogares colombianos contaba con servicio de acueducto (87,6% en 2010). En 2011 la cobertura de servicio de acueducto para las cabeceras fue 96,0% y en resto 56,3%.

El servicio de alcantarillado en el año 2011 alcanzó el 72,3% de los hogares del país, lo que representó una disminución de 3,0 puntos porcentuales respecto a la cobertura registrada en 2010, cuando el servicio cubría el 75,3%, de los hogares. De acuerdo con los resultados de la encuesta, en 2011 la cobertura de este servicio para las cabeceras fue de 89,1% y para resto la cobertura fue 12,3%.

La Encuesta de Calidad de Vida 2011, arroja una reducción de la tenencia del servicio telefónico fijo en los hogares del país, con respecto a lo registrado en la ECV anterior. Mientras en 2010 este servicio era reportado por el 39,8% de hogares a nivel nacional, en 2011 se observó una reducción de 2,9 puntos porcentuales, equivalente a una cobertura del 36,9% de hogares. La reducción en este servicio es mayor en los hogares de las cabeceras en donde la disminución fue 3,2 puntos porcentuales al pasar de 49,4% en 2010 a 46,2% en 2011, en resto el descenso fue 1,4 puntos porcentuales, al pasar de 4,7% en 2010 a 3,3% en 2011....”Tomado de: Boletín de prensa. Bogotá, D.C., 17 de abril de 2012. [www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co).

<sup>103</sup> Ibidem.

disminución en la utilización del servicio de telefonía fija. Se advierte sí que el servicio de telefonía móvil celular no tiene la connotación de servicio domiciliario.

El ejercicio de esta actividad específica de prestación de los SPD tiene implicaciones en el concepto de usuario. “La transformación del Estado y las modernas técnicas de gestión privada de los servicios públicos deben modelarse según un referente preciso: el usuario y sus derechos, esto es, un destinatario que representa “lo público” y sus justas exigencias<sup>104</sup>”.

La representación que tienen los servicios públicos como “instrumento de concreción de la consecución de los fines del Estado y de la satisfacción del interés público<sup>105</sup>”, hacen que el usuario tome un papel relevante en el desarrollo constitucional ya que se constituye en elemento importante para la determinación de las proyecciones de los servicios públicos a garantizar.

Lo anterior constituye un precedente para el estudio del concepto de los SPD que no es unívoco y se encuentra en constante evolución. Además de ser pieza significativa del presente trabajo en el propósito de encontrar los elementos dados a la comunidad en su condición de usuarios y de sujetos pasivos de una regulación que los involucra como destinatarios de estos servicios.

Es importante tener en cuenta que los SPD tienen una connotación económica. Situación que conlleva a analizar la realidad del país a partir de las exigencias en relación con su prestación, y las garantías para quienes optan por hacerse acreedores del título de prestadores de dichos servicios.

---

<sup>104</sup> CIENFUEGOS Salgado, David; RODRÍGUEZ Lozano, Luis Gerardo. Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica, Núm. 429. México, 2008. pp, 60-61.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 67.



## **B. CONTENIDO MATERIAL DE LA CATEGORÍA - SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

A partir de la conceptualización del servicio público es importante avizorar que esta es una construcción constante que contiene variaciones tal como se evidenció líneas atrás. Haciendo referencia a nuestro derecho colombiano, se reflejará en los siguientes literales el trabajo adelantado por el constituyente y el legislador en relación con el tema de los servicios públicos domiciliarios considerados una especie de la categoría general de servicios públicos.

A su vez se plantearán las características que se le ha dado al tema de los servicios públicos domiciliarios desde la perspectiva del Estado Social de Derecho.

Para el caso colombiano las particularidades del servicio público se toman como referencia en el desarrollo de los servicios públicos domiciliarios. No obstante, a la hora de determinar el por qué se les debe dar tal connotación de SPD no se hace un diseño teórico y se dan explicaciones de su concepto a partir de criterios de disponibilidad del servicio y lugar de recibo como características generales de esta categoría.

Aunado a ello se destaca la posibilidad que existe a partir de los nuevos lineamientos normativos contruidos sobre la base de la Constitución Política de Colombia de 1991, de diversificar los prestadores del servicio. Se permite que otros actores diferentes al Estado participen de la prestación, esto debido precisamente a las metas que se busca alcanzar, en relación a mayor cobertura, disponibilidad y eficiencia en los mismos, situaciones reclamadas por los ciudadanos quienes requieren de atención en cuanto a éste tema se refiere.

Como respuesta a las afirmaciones realizadas, a continuación se plantea el abordaje de los siguientes tópicos: cómo se propone el tema de los SPD por el constituyente de 1991, qué se quiso hacer y cómo finalmente quedó plasmado ese querer, lo cual se encuentra desarrollado legalmente a través de las diferentes normativas. A su vez se destaca la necesidad de una revisión especial en cuanto al sustento de los SPD puesto que se evidencian en su propósito algunas situaciones que permiten cuestionar su verdadero quehacer, y llama la atención su escaso desarrollo doctrinal.

## **B.1 EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL Y ACTUALIDAD DEL TEMA DE LOS SPD EN COLOMBIA**

El Constituyente planteó la necesidad de especificar y señalar expresamente aquellos servicios públicos, cuya connotación especial correspondería a la de SPD<sup>106</sup>, citó como parte de estos la energía en cualquiera de sus manifestaciones, las telecomunicaciones, la información pública, la provisión de agua potable y alcantarillado, el aseo y el tratamiento de basuras y el transporte. Se propuso, adicionalmente, que estos servicios serían operados por la nación, los departamentos, las regiones y los municipios; además la

---

<sup>106</sup> En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente - Gaceta Constitucional No.41 de 09 de abril de 1991, se planteó el tema de los Servicios Públicos y específicamente el de los servicios colectivos domiciliarios, conforme la siguiente exposición de Motivos. ARTÍCULO. ASPECTOS ECONÓMICOS: “La ley establecerá las condiciones de gratuidad o retribución de los servicios públicos, habrá servicios públicos subsidiados por el Estado, otros con redistribución interna de cargas y servicios públicos en que cada usuario asume el costo de consumo, pero en cualquier caso dependiendo del ingreso familiar de los usuarios. La ley establecerá los criterios para la formación y actualización de las tarifas de los servicios públicos y los límites dentro de los cuales un servicio público puede ser gratuito. [...] III Servicios Colectivos Domiciliarios: son los que satisfacen necesidades colectivas y presentan indivisibilidades y economías de escala que conducen a la constitución de monopolios naturales:

1. Energía en cualquiera de sus manifestaciones.
2. Telecomunicaciones en cualquiera de sus manifestaciones incluyendo la información pública.
3. Provisión de agua potable y alcantarillado.
4. Aseo y tratamiento de basuras.
5. Transporte....”.

ley señalaría las condiciones bajo las cuales los particulares podrían participar en la prestación de los servicios públicos<sup>107</sup>.

Desde otro punto de vista, se previno un nuevo orden normativo en el artículo 5 del citado proyecto, en la medida en que la política administrativa y financiera de estos servicios públicos sería trazada por el Consejo Nacional de Servicios, que sería el ente encargado de establecer políticas de desarrollo, conservación y tarifas en esta materia, y de controlar y vigilar el cumplimiento de todas las normas al respecto fijadas por la ley. Se señaló que este Consejo estaría integrado por representantes del gobierno nacional, el órgano legislativo nacional, las regiones, las empresas de servicios públicos, y la ciudadanía, y estaría adscrito al Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social, con lo cual se trataba de concretar un orden normativo administrativo, el cual tendría la misión de establecer la regulación económica, administrativa y financiera de los servicios públicos. Este proyecto no fue acogido. También se propuso, que mediante las ordenanzas y acuerdos se fijara, para el ámbito territorial, según el caso, el régimen de los servicios públicos<sup>108</sup>.

Esta propuesta constitucional, si bien bastante reglamentaria, preveía una definición de los SPD: señalaba titulares, condiciones de prestación, marco jurídico a escalas nacional y territorial, régimen tarifario, así como su regulación<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Gaceta de la Corte Constitucional, num. 41, Bogotá, Imprenta Nacional, 9 de abril, 1991, p. 28.

<sup>108</sup> ARAUJO, OÑATE ROCÍO MERCEDES. Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Colección textos de Jurisprudencia. Conmemoración de los 10 años de la Maestría en Derecho Administrativo. 2007. Pp., 154-161

<sup>109</sup> Ibidem.

En el proyecto de acto reformativo de la Constitución Número 59<sup>110</sup>, se presentó un título, que integraba el tema del régimen económico del Estado y los servicios públicos. Se establecieron los SPD como un derecho que tiene toda persona, de donde se dedujo que el Estado tiene el deber de asegurar la prestación eficiente, oportuna, continua y equitativa de éstos a todos los habitantes del territorio nacional. Adicionalmente, se consagró el régimen jurídico de los servicios públicos, el cual sería desarrollado por el legislador, al precisar que el Estado se reservaría la dirección general, la regulación y el control de la prestación de los servicios públicos, dependiendo del grado esencial o no de éstos, según la especificación que haga la ley<sup>111</sup>.

Hasta aquí, el Constituyente no distinguía los servicios públicos de los SPD, ni las competencias que específicamente correspondían en esta materia a los órganos del Estado y, por tanto, sería el legislador el competente para desarrollar todos los aspectos relacionados con los servicios públicos. La función estatal de regulación, inspección y vigilancia de los SPD, según se propuso, debería ser desplegada por entidades especializadas del Estado, conforme con lo que señalara la ley, con el fin de proteger los derechos de los usuarios, asegurar la eficiencia en el manejo correcto del servicio y, en general, para hacer eficaz la regulación y el control del Estado<sup>112</sup>, para lo cual se dispuso que dicha tarea fuera cumplida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

---

<sup>110</sup> Gaceta de la Corte Constitucional, “Proyecto de acto reformativo de la Constitución de Colombia número 59”, Gaceta de la Corte Constitucional, núm 22, Bogotá, Imprenta Nacional, 18 de marzo de 1991.

<sup>111</sup> ARAUJO, OÑATE ROCÍO MERCEDES. Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Colección textos de Jurisprudencia. Conmemoración de los 10 años de la Maestría en Derecho Administrativo. 2007. Pp., 154-161

<sup>112</sup> Gaceta de la Corte Constitucional, “Proyecto de acto reformativo de la Constitución de Colombia número 59”, Gaceta de la Corte Constitucional, núm 22, Bogotá, Imprenta Nacional, 18 de marzo de 1991.

Asimismo se proponía, en el artículo 8 del proyecto, que el legislador estableciera las calidades mínimas de la prestación del servicio, las normas de eficiencia, los derechos y los deberes de los usuarios y sus formas de participación en la planeación, gestión y fiscalización de la prestación del servicio. También, propusieron los constituyentes que la ley debía señalar las normas de formación y actualización de las tarifas de los SPD, pues se consideró conveniente una cierta uniformidad en dichas disposiciones, recalcando la importancia de hacer financieramente viables las empresas en condiciones de eficiencia, para permitir la continuidad en la prestación del servicio y la expansión de su cobertura. Como se observa, el criterio de los constituyentes era la determinación de un régimen jurídico exhaustivo y completo de los SPD, establecido por la ley<sup>113</sup>.

Es de destacar que los constituyentes eran del criterio de que los aspectos jurídicos atinentes a los SPD fueran normados por la ley. Por otro lado, se previno, en el artículo 6 del proyecto que el Estado se reservará la dirección general, la regulación y el control de los servicios públicos, en el grado en que, atendiendo al carácter esencial o no esencial de estos señale la ley, basados en el poder de intervención del Estado en la economía, la cual tiene por objeto, según se explicó, asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional<sup>114</sup>.

Sin embargo, se observa que “el proyecto, si bien advirtió la importancia de la intervención estatal sobre los SPD, no propugnó por definir quién la

---

<sup>113</sup> ARAUJO, OÑATE ROCÍO MERCEDES. Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Colección textos de Jurisprudencia. Conmemoración de los 10 años de la Maestría en Derecho Administrativo. 2007. Pp., 154-161.

<sup>114</sup> Se sustentó tal criterio en la siguiente argumentación:” La teoría económica demuestra que, librados al juego de las fuerzas del mercado, se produciría una oferta sub-óptima en términos sociales y se marginaría de su acceso a un número considerable de habitantes del territorio. Este solo hecho hace indispensable la intervención del Estado para asegurar su prestación generalizada”. *Ibidem*.

realizaría, ni en qué términos se efectuaría la regulación económica de estos. En conclusión, la propuesta referida previó dejar exclusivamente en manos del legislador lo atinente a la prestación de los SPD y la definición legal de la dirección general, la regulación y el control de la prestación de los servicios públicos”<sup>115</sup>.

Más adelante en la gaceta constitucional Número 53<sup>116</sup>, dentro de los debates adelantados por la Asamblea Nacional Constituyente, y con miras a dar mayor claridad al tema de los SPD planteado con anterioridad, se presentó el capítulo IV con un título específico sobre el asunto, señalando en primer lugar que estos “son inherentes a la Finalidad Social del Estado y este garantizará tanto el acceso de la población a ellos como su adecuada prestación<sup>117</sup>”.

La propuesta de los constituyentes distinguió entre el régimen jurídico de los SPD y la formación de las políticas de administración y evaluación de estos, por lo cual se propusieron tres órdenes normativos en materia de servicios públicos; es decir, las bases constitucionales que ineludiblemente debían quedar plasmadas en la Constitución, el orden que reservaba el constituyente al legislador y que daría origen a las normas de carácter legislativo, con sujeción en el cual se erigiría un tercer orden, el administrativo, según el cual el Presidente señalaría, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y evaluación de los SPD, y ejercería, mediante la Superintendencia de Servicios Públicos que organizara la ley, la inspección y vigilancia de las entidades que presten SPD. Esta

---

<sup>115</sup> *Ibíd.*

<sup>116</sup> Gaceta de la Corte Constitucional, número 53. 18 de abril de 1991. Edición de 24 páginas. ([http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea\\_Constituyente/Gaceta\\_053.pdf](http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gaceta_053.pdf))

<sup>117</sup> *Ibíd.*, p. 8/107.

propuesta corresponde a lo que finalmente fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente<sup>118</sup>.

Se dispone en la justificación respecto de los Servicios Públicos que: "...el principio rector, la prioridad de las obligaciones sociales del Estado en la planeación y el presupuesto, así como el régimen punitivo que protege el objeto de la finalidad social<sup>119</sup>" se consideró aplicable a los servicios públicos. Asimismo hizo mención de la "necesidad de crear mecanismos que tomen en cuenta la diversidad regional y la municipal, tendencias del mundo moderno, así como el acceso de la comunidad al diseño y la gestión de las políticas a ella referidas en todos los órdenes territoriales<sup>120</sup>".

Las ponencias referidas fueron presentadas en la Comisión Quinta y discutidas; así, "resultaron aprobados en dicha comisión, los artículos que definían el derecho de acceso a los servicios públicos por parte de los habitantes del Estado y el deber de éste de asegurar su prestación. Igualmente, se aprobó en la Comisión lo relativo al régimen jurídico que fijaría la ley y la reserva estatal a la dirección, el control y la vigilancia de la prestación de los servicios"<sup>121</sup>. Igualmente, "se extendió a todos los servicios públicos la previsión de que estos son inherentes a la finalidad social del Estado"<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> ARAUJO, OÑATE ROCÍO MERCEDES. Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Colección textos de Jurisprudencia. Conmemoración de los 10 años de la Maestría en Derecho Administrativo. 2007. Pp., 154-161.

<sup>119</sup> Gaceta de la Corte Constitucional, número 53. 18 de abril de 1991. Edición de 24 páginas. ([http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea\\_Constituyente/Gaceta\\_053.pdf](http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gaceta_053.pdf)), p.22.

<sup>120</sup> *Ibíd.*

<sup>121</sup> Gaceta de la Corte Constitucional Número 83. 27 de mayo de 1991. Edición 44 páginas. [http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea\\_Constituyente/Gaceta\\_083.pdf](http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gaceta_083.pdf), pp 191 – 192.

<sup>122</sup> ARAUJO, OÑATE ROCÍO MERCEDES. *Op. Cit.*, pp. 154-161.

En el primer debate surtido en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente se aprobaron los textos del articulado anteriormente referido<sup>123</sup>, “incluyéndose lo relativo a los SPD en los artículos 7 y siguientes, especificándose el contenido del régimen legal y administrativo al que debe someterse su prestación, así como las condiciones de prestación de los servicios en el ámbito territorial, las metas mínimas de cobertura y calidad que deben alcanzar cada unidad territorial y la obligación que tienen los entes territoriales de darle prioridad a las metas preestablecidas en los planes de desarrollo. También se propuso dejar en libertad a la nación y a las entidades territoriales para conceder subsidios a la población de bajos ingresos. Igualmente se previno, en el artículo 9 del proyecto, el establecimiento de las formas participativas en cabeza de los usuarios de los correspondientes servicios, así como la previsión que debe hacer el legislador de los derechos y los deberes de los usuarios”<sup>124</sup>.

En la comisión codificadora para segundo debate en plenaria, la mayoría del articulado propuesto por los constituyentes fue aprobado, señalaron entre otros aspectos: “la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los SPD; éstos se prestarán a nivel local por el municipio, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales así lo permitan y aconseje. Este texto constituye el marco constitucional específico de la función legislativa de los SPD y, por tanto, el origen del artículo 367 de la Constitución, aprobado en la Comisión Quinta en el primer debate en plenaria, en la Comisión Codificadora para segundo debate en plenaria, con lo cual se aprecia que el Capítulo V del Título XII contiene una normatividad general para todos los servicios públicos y una específica para los SPD”<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Gaceta de la Corte Constitucional, número 109. 20 de junio de 1991, pp. 21 – 22.

<sup>124</sup> ARAUJO, OÑATE ROCÍO MERCEDES. *Op. Cit.*, pp. 154-161.

<sup>125</sup> *Ibidem*.



En síntesis, con fundamento en el texto constitucional aprobado y en relación con la normatividad aplicable a los SPD, cabe señalar que, existe un desarrollo constitucional que plantea su marco general. A su turno corresponde al legislador determinar el régimen aplicable a los mismos conforme lo dispuesto por el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia. Asimismo el artículo 367 del texto constitucional dispone la tarea al legislador para fijar: “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”.

Por otro lado, “se han previsto las funciones administrativas que se van a desarrollar en el ámbito territorial, es decir, los concejos municipales y asambleas departamentales en lo relacionado con la prestación eficiente de los servicios públicos a su cargo, de acuerdo con los artículos, 300, numeral 1; 313, numeral 1, y 322 de la Constitución, en virtud de la descentralización administrativa”<sup>126</sup>.

Como se advirtió en forma precedente, en la Constitución Política de 1991 aparece el término servicios públicos domiciliarios. En su artículo 365, establece que éstos son inherentes a la finalidad social del Estado<sup>127</sup> y se introducen un conjunto de características que los definen, como la prestación eficiente, la posibilidad de ser prestados por particulares y la necesidad de regulación, control y vigilancia.

---

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> Los servicios públicos domiciliarios son, entonces, los servicios esenciales, que junto con los servicios públicos sociales de salud, de educación y también de saneamiento ambiental, al cual se le asigna la condición de servicio público; se consideran como un medio que sirve al Estado y que le permite desarrollar el objetivo primordial de asegurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país. Cfr. RUBÉN GARCÍA HORTA. *Los abusos en la prestación de los servicios públicos domiciliarios*, segunda edición, Edit. Librería ediciones del profesional Ltda., Colombia, 2010, p. 1.

Cabe precisar que en el contexto de la constitución económica al corresponderle al Estado el deber de asegurar la prestación de los SPD a todos los habitantes, hace presencia el principio de servicio universal. Aparece así en el escenario colombiano “un nuevo servicio público basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado”<sup>128</sup>.

Después de los debates descritos se tuvo como resultado que el artículo 367 de la Constitución Política es el que se refiere de manera expresa a los servicios públicos domiciliarios, sin embargo no les otorgó una definición explícita pues el constituyente dispuso que serían prestados directamente por cada municipio,<sup>129</sup> cuando las características técnicas y económicas del servicio y las condiciones generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación; que su definición y regulación se hará por el legislador. No obstante lo anterior, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios estableció la constitución de 1991 los principios de universalidad, equidad y solidaridad, eficiencia, libertad de competencia, descentralización y control social.

El artículo 367<sup>130</sup> creó una nueva categoría de servicios públicos, que denominó como “servicios públicos domiciliarios”. Informando que la ley

---

<sup>128</sup> AMADOR, CABRA LUIS EDUARDO. *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*, primera edición, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011. p. 82.

<sup>129</sup> Reza el segundo inciso del Artículo 367: “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”.

<sup>130</sup> Sentencia T 270 de 2004- Expedientes acumulados T-684762, T-684763, T-684765, T-684766, T-684767, T-684768, T-685872, T-685873, T-685874, T-685919, T-685926, T-685927, T-685929, T-685930, T-685942, T-685944 y T-686052. En esta sentencia se estudia las controversias entre los usuarios, suscriptores o clientes del servicio público domiciliario de energía que presta ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., motivadas por el cobro de sumas de dinero por concepto del presunto incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, al haberse establecido por parte de esa entidad irregularidades en las instalaciones eléctricas y equipos de medición de algunos de los inmuebles de los actores, actuaciones en las cuales afirman se les vulneró su derecho de defensa. Para efectos del contenido del Art 367 de la Constitución se señala en este fallo: “En este sentido, el artículo 367 de la Constitución consagra una categoría especial de servicios públicos, los llamados “domiciliarios” que

fijaría las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad, y financiación y determinará las entidades competentes para fijar las tarifas. Este artículo fue desarrollado por la ley 142 de 1994 que implementó un sistema para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

El artículo 367 dispone que “el régimen tarifario tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”, hecho que tiene lógica y justificación dentro del escenario del Estado Social de Derecho. Asimismo se señaló en esta disposición que: “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”.

Finalmente, el artículo citado dispuso que la ley determinará “las entidades competentes para fijar las tarifas”, “labor que fue cumplida por la ley 142 de 1994 y sus modificaciones, dejando tal responsabilidad en cabeza de las Comisiones de Regulación.

De las discusiones traídas a colación se estableció como característica reiterativa en los planteamientos trazados, el tinte económico que le agregó la Constitución Política de Colombia al desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, lo cual va permitiendo ubicar su concepción y posterior regulación.

Doctrinariamente se ha realizado el ejercicio de definición de estos dentro del contexto expuesto, señalándose de manera general, sin que se convierta en

---

son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”.

la única tesis, que son servicios públicos domiciliarios “todas las actividades ordenadas a la generación o captación, transformación, transmisión o transporte, distribución, comercialización y provisión masiva de aquellos bienes de consumo y servicios de naturaleza homogénea, producibles en masa por empresas y mediante un régimen de tarifas que, en cada etapa de desarrollo económico y social, todos los residentes en el país necesitan en forma continua en su lugar de habitación y trabajo para disfrutar en este de libertad e intimidad frente a terceros, vivir en forma digna y saludable y adelantar actividades productivas”<sup>131</sup>.

De la prestación de estos SPD pueden participar comunidades organizadas o particulares, buscando generar una eficiente prestación por los avances tecnológicos y los instrumentos necesarios, etc., esta permisión del constituyente en la prestación de servicios públicos por particulares, implica que el Estado sea el único encargado de la regulación, el control y la vigilancia de toda prestación de servicios públicos, cumpliendo con el precepto del artículo 365, 333 y 334 de la C.P.

De modo que los particulares que participan de la prestación de estos servicios, también lo hacen en ejercicio de la libertad económica y asimismo son intervenidos por el Estado en razón al rol que le otorga el artículo 334 “que consagra que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado quien intervendrá, por mandato de la ley, en las áreas allí determinadas, entre ellas la relativa a los servicios públicos”<sup>132</sup> y el artículo 365. “La prestación de los servicios por parte de particulares es concordante con lo establecido en los Artículos 210, inciso 2º y el 365, inciso 2º, que

---

<sup>131</sup> GARCÍA, HORTA RUBÉN. *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>132</sup> SENTENCIA C-389 DE 2002, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 87 (parcial), 88, 90, 96 (parcial), 109 (parcial), 125, 126, 127, 130 (parcial), 134, 138 (parcial), 141 (parcial), 144 (parcial), 147 (parcial), 152 (parcial) y 159 de la Ley 142 de 1994 “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*” y los artículos 18 (parcial) y 20 (parcial) de la Ley 689 de 2001 “*Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994*”.

permite que los particulares presten los servicios públicos conforme a la Ley”<sup>133</sup>.

Esta situación de amplitud respecto de los sujetos con aptitud para prestar servicios se generó por motivos de insuficiencia en la capacidad de las organizaciones públicas para la prestación de la totalidad de servicios que demandaba la población; los monopolios del Estado llegaron a ser insuficientes ya que no lograban cumplir con la eficiencia en la prestación de sus servicios, motivos que junto con la apertura económica dieron paso a la promoción de la competencia y la participación del sector privado<sup>134</sup>.

Todo lo anterior se da en consonancia con lo establecido en la Constitución Política que a partir del preámbulo se marca como derrotero de orientación del ordenamiento jurídico colombiano, de ahí surge la necesidad de establecer el marco normativo específico de los SPD.

## **B.2 DESARROLLO LEGAL DE LOS SPD EN COLOMBIA**

El marco legislativo de los SPD “está constituido por aquellas materias que fueron objeto de reserva legal o por aquellas materias constitucionales que, a su turno, requieren un desarrollo legal; es decir, hace parte de la legislación

---

<sup>133</sup> PLATA, SARMIENTO EVA DEL PILAR. *Investigación: “La participación ciudadana en los comités de desarrollo y control social de servicios públicos domiciliarios, en las comunas 5, 6 y 7 de la ciudad Bucaramanga”*. 2008. p. 8.

<sup>134</sup> Así surge a la par de la noción de servicio público administrativo, la de servicio industrial o comercial como se había concebido por el Derecho Francés. Concepto este que aunque en Colombia no existe presenta los criterios del Estado como órgano de vigilancia y control dando paso a la prestación de servicios públicos por parte de los particulares. “El Estado pasó a ser un vigía, un garante de la prestación de los mismos más que un directo prestador como lo fuera en la anterior constitución de 1886, que en su título V, sobre los poderes nacionales y el servicio público, presentó unas directrices totalmente centralizadas y enfocadas a la realización de las funciones del Estado sólo en cabeza de las instituciones para la época establecidas, sin permitir la participación de los particulares”. ORTEGA, MARTÍN EDUARDO. *Derecho administrativo del siglo XXI*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Impreso Lerko Print S.A., España, 2008, p. 18.

de los SPD todo núcleo que en virtud de la Constitución debe tramitarse conforme el procedimiento legislativo”<sup>135</sup>.

Algunos autores han establecido etapas de desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano sobre el concepto de servicio público domiciliario así, CARLOS BERNAL<sup>136</sup> identifica cuatro nociones de éste según la modalidad de prestación asumida en orden cronológico. Para empezar, “de 1875 a 1930 se trató de una prestación local de los servicios públicos domiciliarios exenta de control e intervención estatal ya que era de iniciativa privada. A través de esta modalidad se prestaban los servicios de acueducto<sup>137</sup>, energía eléctrica<sup>138</sup>, de aseo<sup>139</sup>. Los prestadores de estos servicios a los municipios, eran “empresas privadas asociadas con capital extranjero que funcionaban bajo la concesión otorgada por el ente territorial”<sup>140</sup>.

“De 1930 a 1950 correspondió a una modalidad de centralismo en la gestión local, en donde el Estado asumió el compromiso de la gestión. De 1945 a 1990 se trató de un estado asistencialista con una concepción expansionista que se materializó con la creación de Inaguas (1946), INSFOPAL (1957)<sup>141</sup>,

---

<sup>135</sup> ARAUJO, OÑATE ROCÍO MERCEDES. *Op. Cit.*, p. 161.

<sup>136</sup> BERNAL, PULIDO CARLOS. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2009. P. 180.

<sup>137</sup> En Barranquilla 1880, luego en Bogotá 1886, Medellín 1891, Cartagena 1905, y Pereira 1918. AMADOR, CABRA LUIS EDUARDO. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>138</sup> En Bogotá la firma Electric Light Company (1888) genera, transmite y distribuye energía a la capital. Medellín (1895) se crea la compañía Antioqueña de Instalaciones Eléctricas que distribuye y genera electricidad. AMADOR, CABRA LUIS EDUARDO. *OP. CIT.*, p. 53.

<sup>139</sup> En 1874 Bogotá contrata con empresas privadas la recolección y transporte de residuos sólidos en vehículos de tracción animal y para 1892 cuenta con 58 carros de caballos que recogían la basura puerta a puerta. En Medellín se sabe que existían contratos con particulares para la misma labor desde 1874 con una técnica similar. Los residuos sólidos se disponían en botaderos a cielo abierto. Tomado de: AMADOR, CABRA LUIS EDUARDO. *OP. CIT.*, pp. 53 y 54.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> En 1950 se fundó el Instituto de Fomento Municipal (INSFOPAL) a través del Decreto 94 de 1957, adscrito al Ministerio de Hacienda, como un organismo ejecutor y financiero del orden nacional, con fisonomía de establecimiento público descentralizado. En INSFOPAL fue transformado el Fondo de Fomento Municipal que había sido creado por el decreto 503 de 1940. La función de INSFOPAL consistía en enviar fondos a los municipios, sin embargo, en el año 1987 con la expedición del decreto 77, se ordenó la liquidación del mismo la cual debía concluir a más tardar el 31 de diciembre de 1989.

la fusión de éstas dos junto con el ICT, en la Corporación Nacional de Servicios Públicos y la organización de institutos del orden descentralizado para la prestación de los servicios públicos. La creación de estas entidades generaron un crecimiento acelerado de las entidades del Estado que tenían a su cargo la prestación de los servicios públicos que trajo consigo la dificultad en la cobertura, y demás conflictos que terminaron con una crisis del sector de los servicios públicos domiciliarios.

A partir de 1990 surgió una transformación hacia la modalidad de prestación privada y responsabilidad local que inició con la constitución de 1991 en respuesta al crecimiento del mercado internacional, y los postulados del neoliberalismo, entre otros que abrieron paso a la participación de los particulares en la actividad de la prestación de tales servicios.

Es así que, dada la situación de dificultad en la prestación de los SPD por el parte del Estado en forma directa y demás circunstancias ya referidas, se trabaja el tema de disposición general de un capítulo en la Constitución que contuviera esta categoría especial, para que se diera su desarrollo a partir de la legislación.

El constituyente asignó al legislador la tarea de regular en primer lugar el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios<sup>142</sup>, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de estos servicios<sup>143</sup>, fijación de cobertura, calidad, financiación, el régimen tarifario, autoridades competentes para establecer tarifas, condiciones bajo las cuales las empresas públicas o privadas pueden prestar servicios, criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos, las entidades competentes para fijar tarifas, los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de

---

<sup>142</sup> Cfr. Art. 365 Constitución Política.

<sup>143</sup> Cfr. Art. 367 Constitución Política.

protección de los mismos, las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales, así como la participación de los municipios o de sus representantes en las entidades y empresas prestadoras de SPD<sup>144</sup>.

La Corte Constitucional señaló que la naturaleza de las normas que regulan la operación de los SPD se derivan de las características específicas del servicio y la naturaleza pública o privada del sujeto que lo presta, y aclaró que el régimen jurídico aplicable en cada caso nunca será puro, es decir, exclusivamente de derecho público o de derecho privado, sino más bien un derecho mixto que participa de la naturaleza de ambos, sin descartar, dada la calidad de dicho sujeto, que se pueda dar una prevalencia de uno de estos derechos sobre el otro<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Cfr. Art. 369 Constitución Política.

<sup>145</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 263 de 1996. Expediente - No. D-1059, mediante la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de los artículos 154 y 159 de la ley 142 de 1994, y se estudiaron además los siguientes temas: Competencia para regulación de los servicios públicos, en este contexto se resume lo siguiente: «La competencia para la "regulación" de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente. Se hace necesario precisar, que la competencia de la ley en lo que guarda relación con el marco normativo general que regula las actividades constitutivas de servicios públicos, que vincula y es aplicable a las entidades territoriales prestatarias de éstos, no excluye la capacidad de regulación de índole administrativa que corresponde a las asambleas y a los concejos para reglamentar la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de los departamentos, los municipios y distritos, con sujeción a la ley y a la Constitución».

En esta sentencia además de citar los elementos característicos del servicio público domiciliario, refiere aspectos atinentes a la relación del usuario con la Empresa prestadora de esta clase de servicios así: «en la ley 142 de 1992 las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, tienen fundamentalmente una base contractual. El 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 ellas para ofrecerlas a un número de usuarios no determinados", se rige por las disposiciones de dicha ley, por las condiciones especiales que se pactan con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalan las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código del Comercio y del Código Civil. Por lo tanto, dicha relación jurídica no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público, contenido en las normas de la Constitución y de la ley que



No obstante permear el derecho público y privado en forma general el tema de los SPD, en relación con “el régimen jurídico de las actuaciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, el legislador optó por una regla general de derecho privado y sólo excepcionalmente por la procedencia del derecho público específicamente administrativo”<sup>146</sup>.

A su vez se ha dispuesto la “identificación como actos administrativos de algunos actos que, aunque aparentemente empresariales y contractuales, conllevan cierto grado de unilateralidad y, sobre todo, repercuten directamente sobre derechos de distinta naturaleza de los ciudadanos. No se verifica en este caso una prerrogativa en estricto sentido, atribuida por el legislador a los prestadores, sino más bien la identificación de algunas manifestaciones de los prestadores con prerrogativas, para efectos de establecer unos mecanismos de defensa típicamente administrativos para los

---

establecen el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, y a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante”

De otra parte, haciendo mención del régimen aplicable se trata en este texto el tema del control funcional de la empresas de servicios públicos: “Las normas acusadas institucionalizan una forma de control funcional que se ejerce sobre los actos de las empresas y entidades prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, que implica un poder de revisión o reexamen de las decisiones adoptadas por éstas con el fin de verificar si dichas decisiones se ajustan o no a la legalidad, esto es, al marco normativo que deben acatar, el cual está constituido, por la Constitución, la ley, las regulaciones generales del Gobierno sobre administración y control de su eficiencia, las disposiciones regionales o locales que se hayan expedido sobre tales servicios, y los reglamentos internos del servicio, adoptados por las entidades prestatarias de éste, e igualmente a las estipulaciones del respectivo contrato”. Asimismo soporta el régimen aplicable a los SPD cuando trata el tema del recurso de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos: “Se adecúan a las normas constitucionales los segmentos normativos acusados, porque ellos regulan una materia -el recurso de apelación- que se encuadra en la competencia que tiene el legislador para establecer el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, dentro del cual se comprende la facultad para arbitrar mecanismos para la defensa de los derechos de los usuarios. Y es indudable que el recurso de apelación ante la Superintendencia constituye un medio para la protección de dichos derechos. No puede resultar extraño, que pueda resolver por intermedio de la Superintendencia los recursos de apelación de los usuarios que tiendan a garantizar sus derechos y el principio de legalidad en las decisiones que emitan las entidades encargadas de la prestación de los referidos servicios. De este modo, la ley ha establecido un mecanismo ágil y efectivo de solución de los conflictos entre los usuarios y las entidades prestatarias de los servicios, en la propia sede de la administración, que busca, en lo posible, evitar que aquellos acudan de ordinario a la vía jurisdiccional».

<sup>146</sup> MONTAÑA, Plata Alberto. *Op. Cit.*, pp 220-222.

particulares que se puedan ver afectados por ellas. Se trata de los actos de negativa, suspensión, terminación, corte y facturación de los prestadores frente a los usuarios (art. 154), en los que la ley ha establecido la posibilidad de interponer unos recursos (reposición y apelación) de manera, si bien no idéntica, sí similar a aquellos que se pueden presentar frente a típicas entidades administrativas”<sup>147</sup>.

Estas normas a cargo del legislativo, “en desarrollo de los preceptos constitucionales buscan crear competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios; crear condiciones adecuadas para que las empresas que los suministran puedan operar en un ambiente de eficiencia; promover la inversión y gestión del sector privado con el fin de fortalecer la competencia y estimular la incorporación de nuevas fuentes de capital en las actividades sectoriales; permitir el libre acceso a las redes de distribución; regular las actividades monopólicas con el objeto de evitar abusos y proteger al usuario; racionalizar el régimen tarifario; garantizar la administración transparente y adecuada de los subsidios; ejercer vigilancia y control estatal para garantizar el respeto a las leyes y normas; asegurar la buena gestión de las empresas prestadoras de los servicios públicos e impedir las prácticas restrictivas a la libre competencia”<sup>148</sup>.

De conformidad con las tareas dejadas por la constitución, en primer lugar se expidió el Decreto 1842 de 1991, Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios que determinó como tales, los servicios de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía local y telefonía de

---

<sup>147</sup> *Ibíd.*

<sup>148</sup> TABARQUINO, MUÑOZ RAÚL ANDRÉS. *Los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia: Una mirada desde la ciencia de la política pública y la regulación*. p. 1. (consolidación de trabajo de investigación entre el 2004-2011).

larga distancia nacional e internacional, recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos y gas natural domiciliario<sup>149</sup>.

No obstante la mención normativa realizada es necesario precisar que respecto del Decreto 1842 de 1991<sup>150</sup> existen varias críticas<sup>151</sup>, que se traen a colación: “se trata de un decreto reglamentario al que no le correspondía tal regulación dada su clasificación, no tenía fuerza de ley, además resultaba ilógico y absurdo en la medida en que fue expedido sin el conocimiento siquiera de cuáles eran los servicios públicos domiciliarios ya que era anterior a la expedición de la ley 142 de 1994”. Aunado a ello la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>152</sup> emitió varias circulares que contenían las

---

<sup>149</sup> Art. 1. Decreto 1842 de 1991.

<sup>150</sup> Respecto a la vigencia de este Decreto existe pronunciamiento por el Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo -sección tercera -Bogotá, D.C., 14 de junio de 2001. Expediente No. 68001-23-15-000-3000-2009-01. Acción Popular. Dentro de los antecedentes se tiene que el 21 de junio de 2000 “se instauró una acción Popular en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom) "por la vulneración del derecho colectivo de todos los usuarios del servicio público domiciliario de telefonía a estar debidamente representados en el Comité de Reclamos que la demandada debe tener por mandato expreso del artículo 61 del Decreto Ley 1842 de 1991." Según este artículo "las empresas de servicios públicos domiciliarios dispondrán de un Comité de reclamos, creado conforme a las normas que regulen su régimen jurídico, como cuerpo asesor del representante legal de la empresa (...)." En este sentido se pronunció el Consejo de Estado: "... con la expedición de la ley 142 de 1994 perdieron vigencia las disposiciones del Decreto 1842 de 1991 (arts. 61, 62 y 63) que reglamentaban la conformación y funcionamiento de los Comités de Quejas y Reclamos. Estos fueron sustituidos por los Comités de Desarrollo y Control Social, con un espectro más amplio, pues les fueron asignadas funciones encaminadas a asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas de servicios públicos. En otras palabras, de la limitada función de simple veeduría, se dio paso a una participación más amplia y democrática. En conclusión, teniendo en cuenta que la ley 142 es posterior al decreto 1842 de 1991, que se trata de una ley que regula de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, el decreto 1842 no está vigente, sus preceptos quedaron insubsistentes, tal como lo dispone la regla mencionada, salvo aquellos que fueron incorporados en la ley 142”.

<sup>151</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. Sintomatología en diez puntos del régimen jurídico de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios. CONTEXTO. Revista de Derecho y Economía. No. 19. Septiembre de 2004. Edición Especial. Universidad Externado de Colombia. p, 52.

<sup>152</sup> Sobre el tema, la Circular Externa SSPD 003 de 21 de junio de 2001 “por la cual se puso en conocimiento, de todas las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, la tesis del Consejo de Estado en torno a la vigencia del Decreto 1842 de 1991, el Superintendente expuso: "Me permito poner en su conocimiento la más reciente providencia del Consejo de Estado en la cual reitera el criterio adoptado en varios pronunciamientos del mismo Tribunal ( entre otros Sección Quinta, Radicado interno 035 del 15 de marzo de 2001, C.P. Roberto Medina López; Sección Quinta, expediente AP-133 del 9 de noviembre de 2000, C.P. Roberto Medina López) en lo que hace a la vigencia del Decreto 1842 de 1991. En efecto, el pasado 14 de junio de 2001, la Sección Tercera, con ponencia del Dr. Alier Hernández Enríquez, Expediente AP 2009 puso de relieve que: En otras

directrices en torno a la vigencia de esta norma por parte del Consejo de Estado, con lo cual frente al actuar tanto de las empresas de servicios públicos como de los usuarios se les advertía de su pérdida de fuerza normativa y por lo tanto resultaba imperativo acatar las disposiciones de la ley 142 de 1994 en todo su contenido.

Corresponde entonces a la ley 142 de 1994 la reglamentación de los servicios públicos domiciliarios (esenciales). Estos a pesar de no ser definidos en la constitución ni en la ley, son enumerados en el artículo 1° y se caracterizan por ser prestados por el Estado directa o indirectamente a través de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios para satisfacer las necesidades esenciales de las personas.

Establece esta norma que se considerarán como tales, el acueducto y alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible<sup>153</sup>, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural<sup>154</sup>; estos dos últimos servicios consagrados desde 1994, dejaron de

---

oportunidades, esta Corporación ha conocido de solicitudes similares impetradas por el mismo actor que promovió esta acción popular, y ha dicho que no pueden prosperar, porque suponen el cumplimiento de una norma que ha perdido vigencia, pues, actualmente, rige íntegramente la ley 142 de 1994, en la cual no previó esa obligación en cabeza de las E.S.P. Lo anterior no quiere decir que la ley 142 de 1994 haya dejado a los usuarios sin un mecanismo de control y participación en la fiscalización de los servicios. Esta norma, por una parte, dispuso un régimen de defensa de los usuarios en sede de la empresa en su capítulo VII dentro del cual no se ordenó la creación de comités de quejas y reclamos, sino de una oficina de la entidad que atienda las solicitudes de los usuarios; y, por otra, previó la conformación de Comités de Desarrollo y Control Social por medio de los cuales los usuarios reales y potenciales pueden ejercer plenamente el derecho cuya vigencia se reclama en esta demanda”. Tomado de: CONCEPTO 566 DE 2001. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

<sup>153</sup> Ley 142 de 1994, Artículo 1.

<sup>154</sup> A partir de la ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones, la “telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural” dejaron de catalogarse como servicios públicos domiciliarios, ya que ésta ley dispuso en su artículo 73 que: “A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo

hacer parte de la lista de los servicios públicos domiciliarios a partir de la ley 1341 de 2009.

La ley 142 de 1994 constituye el marco normativo general que desarrolla el tema de los servicios públicos domiciliarios en Colombia<sup>155</sup>. El legislador organizó la presente ley estableciendo en primer lugar los principios que regirían la prestación de los SPD, consignando como tales: los de eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, igualdad, equidad social, viabilidad financiera, etc., todos consignados a lo largo del título preliminar de la ley 142 (artículos 1 a 14).

En esta ley se señalaron además de los principios para la prestación de los SPD, aspectos tales como: “los prestadores autorizados<sup>156</sup>, aspectos relacionados con la prestación y el régimen tarifario y se definen cuáles son las autoridades públicas que tienen que ver con la prestación de los servicios

---

en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4º sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público.”

<sup>155</sup> Sentencia C-066 de 1997 – Expediente D-1394. Mediante la cual se estudia la acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 24 (parcial), 27 (parcial), 30, 31, 32 (parcial), 35 (parcial), 37, 38 (parcial) y 39 (parcial) de la ley 142 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. En este fallo se señala: «...Como claramente se observa en la ponencia para segundo debate, elaborada por los Senadores Jaime Vargas Suárez y Jaime Ruiz Llano, la ahora ley 142 de 1994 fue aprobada con el propósito central de asegurar la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, cuya constancia quedó expresada en el siguiente sentido: “...Decíamos en la ponencia para primer debate que existían antecedentes que llevan a la necesidad de una Ley de Servicios Públicos Domiciliarios. Entre ellos, la pérdida de credibilidad de nuestras instituciones frente a la deficiente prestación de los servicios, la profunda crisis financiera y gerencial que enfrenta el sector y el inmenso costo que la prestación de los servicios ha tenido...es decir, el modelo actual de prestación de servicios públicos entró en crisis...Vistas las anteriores consideraciones resulta fácil deducir el propósito central de esta ley: estimular formas de gestión que, por hallarse supeditadas a las preferencias de los usuarios, aseguren la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos.»

<sup>156</sup> Título I Artículo 15.

en ella contenidos; entre las autoridades citadas en la norma se encuentra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que por mandato constitucional y legal se encarga de la inspección, vigilancia y control de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, así como de la protección de los usuarios de tales servicios<sup>157</sup>.

La ley 142 de 1994 definió otros temas así: el régimen de actos y contratos de las empresas<sup>158</sup>. Esta normativa contiene los **lineamientos generales** acerca del régimen a aplicar, en relación con los contratos celebrados por el Estado (derecho público), y aquellos realizados por las empresas privadas (derecho privado). Dentro de este título se desarrolla también el tema de contratos especiales para gestión de los servicios, brindando de esta manera herramientas para alcanzar los fines de continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

En desarrollo de estas finalidades se adoptaron reglas referentes al régimen laboral de las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas<sup>159</sup>. No solo se trata el tema de la prestación del servicio, sino que se dedica este título a la disposición de reglas referidas a los trabajadores que son las personas que ponen su fuerza productiva para lograr dentro de los cometidos estatales la prestación en óptimas condiciones de los SPD.

Otros aspectos importantes por destacar en el desarrollo de esta ley, son los tratados en su título IV – **Del control de gestión y resultados**<sup>160</sup>, en el que se hace mención del control interno, fiscal, además de la participación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la tarea de incentivar

---

<sup>157</sup> CONCEPTO SPD-OJ-2011-090. Fecha: 11-02-2011.

<sup>158</sup> Título II. Arts 30 – 40 ley 142 de 1994.

<sup>159</sup> Título III. Arts 41- 44 ley 142 de 1994.

<sup>160</sup> Título IV. Arts 45 -61 ley 142 de 1994.

el control interno en las empresas como una manera de autoevaluación y así propiciar los correctivos frente a las conductas que merezcan especial atención. Igualmente, se regulan expresamente los **sistemas de información**, los cuales deben organizar y mantener actualizadas las empresas de servicios públicos para que su presentación al público sea confiable. A su vez se incorpora el principio de primacía del interés general sobre el particular, cuando se establece de manera expresa lo referente a la procedencia de las **expropiaciones y servidumbres**. Y finalmente en este acápite se incorporan normativamente los casos de aplicación de **medidas preventivas y liquidación de las empresas de servicios públicos**, en caso de incumplimiento de las funciones que les son atribuidas.

En cuanto a la **regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos**<sup>161</sup>, este tema es abordado en el título V de la citada norma. Se trata en este punto lo concerniente a la participación de los usuarios a través de la conformación de los Comités de Desarrollo y Control Social; la participación del gobierno nacional a través de los Ministerios, las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El título VI desarrolla el contenido del **régimen tarifario de las empresas de servicios públicos**<sup>162</sup>. Este título alude a los elementos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer el cobro del servicio a los beneficiarios del mismo, determina la fórmula y práctica de tarifas, se refiere a los subsidios, concebidos como un descuento en el valor de la factura que el usuario debe cancelar y, finalmente, trata lo referente a la estratificación socio – económica como elemento definitorio de la tarifa a cobrar por parte de los prestadores del servicio.

---

<sup>161</sup> Título V. Arts 62-85 ley 142 de 1994.

<sup>162</sup> Título VI. Arts 86 – 104 ley 142 de 1994.

Igualmente, se regló expresamente la **organización administrativa** de los SPD mostrando su estructura y funcionamiento. A su vez se destaca dentro de este título VII, el tema del **procedimiento administrativo** para actos unilaterales que sean proferidos por todas las autoridades en virtud de esta norma<sup>163</sup>.

Por lo que toca con **los contratos de servicios públicos**<sup>164</sup>, que desarrolla el título VIII, es necesario comentar que se establecieron sus requisitos, haciendo parte estos de las exigencias de los contratos de condiciones generales. Se determina el régimen legal aplicable a los contratos que corresponde por regla general al derecho privado. Correlativamente se hace mención de las situaciones de abuso de posición dominante, características de la prestación del servicio, circunstancias de falla del servicio, los elementos necesarios a tener en cuenta para la facturación del servicio, así como dedica un capítulo a resolver el tema de la defensa de los usuarios de los SPD en sede de la empresa o lo que a la luz de la ley 1437 de 2011 se denomina en desarrollo del procedimiento administrativo.

Finalmente, esta ley dispuso en el título IX **normas especiales para algunos servicios**<sup>165</sup>, siendo estos: el de agua potable y saneamiento, energía eléctrica y gas combustible. Y en el título X contiene **el régimen de transición**<sup>166</sup> teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la norma con el fin de no vulnerar derechos y permitir alcanzar los objetivos trazados con la implementación de esta ley.

---

<sup>163</sup> Título VII. Arts 105 –127 ley 142 de 1994.

<sup>164</sup> Título VIII. Arts 128 – 159 ley 142 de 1994.

<sup>165</sup> Título IX. Arts 160 - 176 ley 142 de 1994.

<sup>166</sup> Título X. Arts 177 – 189 ley 142 de 1994.



Acorde con lo anterior es necesario señalar que no obstante haberse hecho mención únicamente de la ley 142 de 1994, ésta ha sido objeto de numerosas y variadas modificaciones<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> Esta norma no solo ha sido reglamentada por varios decretos, adicionada por algunas leyes, sino que también ha tenido varios estudios respecto de la constitucionalidad de su contenido, tal como se refiere *grosso modo* a continuación: *Decreto 3087 de diciembre 23 de 1987*. Derogado por el Art. 17: del Decreto Nacional 847 de mayo 11 de 2001: Este desarrolla disposiciones en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible por red física.

*Ley 143 de julio 11 de 1994*, Reglamentada por el Decreto Nacional 3087 de 1997, Reglamentada por el Decreto Nacional 847 de 2001, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 549 de 2007, en relación con la contribución de solidaridad en la autogeneración. Esta norma se encarga de establecer el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.

*Decreto 1641 de agosto 1° de 1994*: Hace mención de algunas definiciones en materia de Telecomunicaciones a efectos que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones pudiese ejercer sus funciones.

*Decreto 2785 de 22 de diciembre de 1994*: por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994 se establecen disposiciones para la transformación y adecuación estatutaria de las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y Saneamiento básico, para la creación de nuevas empresas de servicios públicos domiciliarios de Acueducto y Saneamiento Básico, y se dictan otras disposiciones.

*Decreto 707 de abril 28 de 1995*: por el cual se reglamenta el pago de la contribución especial por concepto del servicio de regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

*Decreto 565 de marzo 19 de 1996*: por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en relación con los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del orden departamental, municipal y distrital para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo.

*Ley 286 de julio 03 de 1996*, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 549 de 2007, en relación con la contribución de solidaridad en la autogeneración. Por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994 y la Ley 223 de 1995.

Reglamentada por el Decreto Nacional 847 de 2001.

*Decreto 1404 de agosto 08 de 1996*: por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 142 de 1994, artículo 89 y la Ley 223 de 1995, artículo 95, parágrafo, (sic) en relación con las contribuciones que deben sufragar algunos consumidores del servicio público domiciliario de gas combustible.

*Decreto 2474 de 13 de diciembre de 1999*: Por el cual se reestructuran las comisiones de regulación. En relación con la Comisión de regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico fue modificada la forma como quedaría integrada por el Decreto 2728 de 27 de diciembre de 2012.

*Decreto 2668 de 24 de diciembre de 1999*: dispone que para cumplir con la función social de la propiedad, las entidades que presten servicios públicos tienen entre otras obligaciones las de abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia y facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que presten servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios. La obligación de poner en conocimiento del usuario la factura de los servicios y las condiciones de cobro de los servicios de aseo y saneamiento básico.

*Decreto 302 de 25 de febrero de 2000*: Se regulan las relaciones que se generan entre la entidad prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y los suscriptores y usuarios, actuales y potenciales, del mismo.

---

*Decreto 556 de marzo 28 de 2000:* señala que frente a la toma de posesión para la administración de las empresas de servicios públicos domiciliarios se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las que lo desarrollen, relativas a la toma de posesión de instituciones financieras.

*Decreto 421 de 08 de marzo de 2000:* reglamenta el tema de las organizaciones autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas.

*Decreto 1987 de octubre 02 de 2000:* Este decreto se aplica a las personas que prestan servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo contempladas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, en lo relacionado con la obligación de facturar y la liquidación del servicio.

*Ley 632 de 29 de diciembre de 2000,* Reglamentada por el Decreto Nacional 847 de 2001, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 549 de 2007 en relación con la contribución de solidaridad en la autogeneración por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142, 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996.

*Ley 689 de 28 de agosto de 2001:* Modificada parcialmente la ley 142 de 1994: Régimen de actos y contratos de las empresas dentro de este título lo relacionado con contratos especiales para la gestión de los servicios públicos. Asimismo hace mención del control de gestión y resultados, liquidación de las empresas de servicios públicos. La regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos en este punto se desarrolla lo referente al control social de los SPD y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (forma de nombramiento del superintendente sus funciones y las que corresponden a la entidad). El régimen tarifario de las empresas haciendo mención específica de la estratificación socioeconómica. El contrato de servicios públicos, aquí se refiere a la naturaleza y características del contrato, el cumplimiento y la prestación del servicio, defensa de los usuarios en sede de la empresa y normas especiales que aluden al gas licuado petróleo, GLP.

*Decreto 229 de 11 de febrero de 2002,* por el cual se modifica parcialmente el Decreto 302 del 25 de febrero de 2000: Derivación de la red de distribución que se conecta al registro de corte en el inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios la acometida llega hasta el registro de corte general, incluido éste.

*Decreto 990 de 21 de mayo de 2002:* por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

*Decretos número 1713 de 2002, 1140 de 2003 y 1505 de 2003 y el Capítulo I del Título IV del Decreto número 605 de 1996,* derogados por el decreto 2981 de 20 de diciembre de 2013: Este decreto aplica al servicio público de aseo de que trata la Ley 142 de 1994, a las personas prestadoras de residuos aprovechables y no aprovechables, a los usuarios, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, a las entidades territoriales y demás entidades con funciones sobre este servicio.

*Decreto 3428 de 2003,* derogado por el decreto 2100 de 15 de junio de 2011: por el cual se establecen mecanismos para promover el aseguramiento del abastecimiento nacional de gas natural y confiabilidad del servicio, a su vez se trata el tema de exportaciones e importaciones de gas combustible.

*Decreto 3860 de octubre 28 de 2005:* Por el cual se reglamentan los artículos 44 de la Ley 143 de 1994, 126 de la Ley 142 de 1994 y se dicta una directriz de política en cuanto a la revisión de tarifas.

*Ley 1117 de 27 de diciembre de 2006:* Por la cual se expiden normas sobre normalización de redes eléctricas y de subsidios para estratos 1 y 2.

*Decreto 549 de 28 de febrero de 2007:* Por medio del cual se reglamentan las leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995, 286 de 1996 y 632 de 2000, en relación con la contribución de solidaridad en la autogeneración.

*Decreto 3243 de octubre 08 de 2004:* Se refiere a aquellos eventos en que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, o la persona que tenga la competencia de conformidad con lo establecido en la ley, separe del conocimiento a uno o más miembros de las Comisiones de Regulación por la existencia de causales constitutivas de impedimento o recusación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 142 de 1994, cuál es el procedimiento a seguir.

Este es un trabajo inacabado de modificaciones, reglamentaciones y regulaciones. No obstante ello, se tiene como eje y columna vertebral del tema de los SPD la ley 142 de 1994 con sus desarrollos, los cuales deben estar en consonancia con los principios constitucionales que permiten alcanzar los fines estatales.

Así como existen en la actualidad leyes y decretos que han incidido en el desarrollo de los SPD, concurren a su vez conceptos por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como órgano de inspección, vigilancia y control que permiten hacer cercano el entendimiento de las directrices normativas a los usuarios como beneficiarios, y a los prestadores de los servicios como responsables de dicha tarea.

Igualmente aparecen en este escenario las Comisiones de Regulación<sup>168</sup>, que tienen el propósito de “desarrollar la intervención estatal en el ámbito

---

Ley 1215 de 16 de julio de 2008, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de generación de energía eléctrica.

Decreto 2981 de 20 de diciembre de 2013: por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo.

Decreto 3050 de 27 de diciembre de 2013: por medio del cual se establecen las condiciones para el trámite de solicitudes de viabilidad y disponibilidad de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

<sup>168</sup> La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) expide el 11 de agosto de 1995 la Resolución 08 “Por la cual se establecen los criterios y se adopta la metodología con arreglo a los cuales las empresas de SPD de acueducto deben determinar las tarifas de prestación del servicio”. El 14 de septiembre de 1995 esa Comisión expide la Resolución 09 “Por la cual se establecen los criterios y se adopta la metodología con arreglo a los cuales las empresas de SPD de alcantarillado deben determinar las tarifas de prestación del servicio”.

También la Resolución 15 del 29 mayo, “por la cual se establecen los criterios y se adopta la metodología con arreglo a los cuales las empresas de SPD de acueducto y alcantarillado con menos de ocho mil usuarios deben determinar las tarifas de prestación del servicio”.

Resolución 19 del 18 de julio de 1996 “por la cual se establecen los criterios y se adopta la metodología con arreglo a los cuales las entidades prestadoras del SPD de aseo con menos de ocho mil usuarios deben determinar las tarifas de prestación del servicio ordinario”.

Resolución 15 de 25 de julio de 1997, “por la cual se establecen las metodologías de cálculo de las tarifas máximas con arreglo a las cuales las entidades tarifarias locales deben determinar las tarifas de prestación del servicio ordinario de aseo y se dictan otras disposiciones”.

Resolución 069 de 16 de diciembre de 1998, “por la cual se establece la metodología que deben aplicar las entidades tarifarias locales y entidades prestadoras de servicios públicos para determinar el costo del componente y el servicio de tratamiento y disposición final de residuos sólidos (CDT)”.

---

Resolución 150 de 23 de enero de 2001, “por la cual se establecen consumos básicos y máximos de conformidad con lo establecido en la Ley 373 de 1997”

Resolución 151 de enero 23 de 2001, “Regulación integral de los servicios públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo”.

Resolución 287 de 25 de mayo de 2004, “por la cual se establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado”.

Resoluciones 351 y 352 de diciembre 20 de 2005, “por las cuales se establecen los regímenes de regulación tarifaria a los que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo y la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio de aseo de residuos ordinarios y se dictan otras disposiciones”.

Resolución 608 de 2012, “por la cual se establecen los requisitos generales a que deben someterse los Prestadores de Servicios Públicos para el uso e interconexión de redes, se regulan los contratos de suministro de agua potable y los contratos de interconexión, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, y sus actividades complementarias, se señala la metodología para determinar la remuneración y/o peaje correspondiente, se señalan las reglas para la imposición de servidumbres de interconexión y se dictan otras disposiciones”.

Resolución 632 de 15 de febrero de 2013, “por la cual se presenta el proyecto de Resolución por la cual se establece la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que tengan más de 5.000 suscriptores se da cumplimiento a lo previsto por el numeral 11.4 de artículo 11 del Decreto 2696 de 2004”.

Resolución 643 de 2013 “por la cual se presenta el proyecto de Resolución por la cual se establece el régimen de regulación tarifaria al que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo en áreas urbanas que atiendan en municipios de más de 5.000 suscriptores, la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio público de aseo y se dictan otras disposiciones”.

Resolución 665 de 2013 “por la cual se establecen las condiciones generales para regular la opción de pago anticipado en los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado”.

Resolución 667 de 2014 “por la cual se establecen los mecanismos y criterios para el reparto de los superávits generados en los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos -FSRI- de los Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo”. Se citan solo algunas Resoluciones. Tomado de la página de la Comisión <http://tramitesccu.cra.gov.co/normatividad/busquedaResoluciones.aspx>.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), expide a su vez la Resolución 057 “Por la cual se establece el marco regulatorio para el servicio público de gas combustible por red y para sus actividades complementarias”.

Resolución 079 de 29 de abril de 1997, “por la cual se adecúa la Resolución CREG – 113 de 1996 a las decisiones en materia tarifaria”.

Resolución 031 de 04 de abril de 1997, “por la cual se aprueban las fórmulas generales que permiten a los comercializadores de electricidad establecer los costos de prestación del servicio a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional”.

Resolución 083 de 25 de julio de 2008, “por la cual se define la metodología para el cálculo de la tasa de retorno que se aplicará en la remuneración de la actividad de transmisión de energía eléctrica y se fija dicha tasa.”

Resolución 098 de 29 de agosto de 2012, “por la cual se establece la regulación aplicable para el cierre del esquema centralizado de recaudo, administración y ejecución de los recursos del Margen de Seguridad en el marco de la prestación del servicio público domiciliario de GLP”.

Resolución 084 de 23 de julio de 2009, “por la cual se establecen las fórmulas tarifarias por producto y transporte aplicables a los grandes comercializadores de los GLP, y se dictan otras disposiciones”.

Resolución 053 de 10 de abril de 2014, “por la cual se modifica parcialmente la Resolución CREG 098 de 2012”. Se citan solo algunas Resoluciones.

La Comisión de Regulación Telecomunicaciones (CRT inicialmente), hoy en día Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).

La CRT expide la Resolución 087 de septiembre 05 de 1997, “por medio de la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia”.

socio-económico para la regulación de los SPD, mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten<sup>169</sup>.

Estos organismos cuentan con resoluciones que dan desarrollo a cada una de sus especialidades y contribuyen a la puesta en escena de los servicios catalogados como domiciliarios, complementando de esta manera el desarrollo legal dado a esta categoría de servicios.

El anterior rastreo de regulaciones, reglamentaciones y normas de nuestro ordenamiento jurídico colombiano da buena cuenta del desarrollo que se ha dado al tema de los SPD. La definición de SPD corresponde a una categoría especial, cuyo soporte ha sido abordado desde una mirada constitucional y legislativa, con el fin de determinar los elementos conceptuales que le sirven de soporte y dan contenido material a su denominación.

Con el propósito de hacer el análisis del concepto de SPD, conociendo de antemano que se trata de una creación propia del derecho colombiano, se plantearán a continuación las características que le dan contenido material al mismo.

---

Resolución 575 del 09 de diciembre de 2002, “por la cual se modifica la numeración de la Resolución CRT 087 de 1997 y se actualizan sus modificaciones en un solo cuerpo resolutivo”.

Ley 1341 de 30 de julio de 2009, "por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones - tic-, se crea la agencia nacional de espectro y se dictan otras disposiciones". Art. 19: Creación, naturaleza y objeto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Ley 1369 de 30 de diciembre de 2009, “por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones dentro de las cuales se contienen aquellas de la competencia en este tema de la CRC. Se citan solo algunas Resoluciones. Tomado de: <http://www.crc.gov.co>

<sup>169</sup> OLANO García, Hernán Alejandro. Las Comisiones de Regulación. Revista Jurídica Piélagus. Universidad de la Sabana, Colombia. p, 27. <http://www.revistapielagus.com/articulos/04.-las-comisiones-de-reg.pdf>.

### **B.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO DE SPD EN COLOMBIA**

En nuestro país, tal como lo dispone el artículo 4 de la ley 142 de 1994, los servicios públicos domiciliarios son esenciales<sup>170</sup>. En las páginas precedentes se ha hecho una conceptualización teórica en torno a la noción de servicio público en general, luego se abordó el estudio de la clasificación de estos servicios destacando que de la universalidad de los servicios públicos; anotamos que hay unos que son esenciales y otros que no lo son.

Dentro de los servicios públicos que presta el Estado existe un pequeño grupo de ellos que se consideran esenciales, del que hacen parte los denominados servicios públicos domiciliarios. Esta distinción debe tener en cuenta que todo servicio público domiciliario es esencial pero no todo servicio esencial es domiciliario, de modo que se limita el número de servicios esenciales a los públicos domiciliarios, de acuerdo a la conceptualización teórica contenida en la norma referida inicialmente.

Señala el artículo 4 de la ley 142 de 1994, que todos los servicios de que trata la ley serán considerados como servicios públicos esenciales en razón a una efectiva aplicación del inciso primero del artículo 56 de la C.P. Tal aclaración por cuanto tales servicios son indispensables y “contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados al respeto, vigencia, ejercicio y

---

<sup>170</sup> Se presentan aquí algunos antecedentes que se tuvieron en cuenta en la Asamblea Nacional Constituyente en torno a la definición de la categoría de servicios públicos domiciliarios y el tema de su esencialidad: Gaceta Constitucional N° 53 de 18 de abril de 1991. “a) Los servicios públicos esenciales y domiciliarios tienen una participación altamente significativa en la economía nacional y en su proceso político y social. Su participación en el PIB, en el servicio de la deuda pública y en el bienestar de la población es de enorme peso en la vida nacional. La ineficiencia y absurda planificación han sido la característica en el sector de servicios públicos domiciliarios. [...] b) Dicen los analistas que el movimiento de paros civiles ha estado asociado desde 1970 a los servicios públicos domiciliarios, por cuanto la reivindicación esencial del movimiento cívico ha sido y es la cobertura, la calidad y las altas tarifas en estos servicios públicos domiciliarios. Están entonces estos servicios en el centro de la problemática social en Colombia, lo que amerita una solución global y definitiva. [...]”

efectividad de los derechos y libertades fundamentales”<sup>171</sup>, esto en razón a que son necesarios para el desarrollo y alcance de la vida digna de la población, y tienen como principal característica que su prestación ha de ser ininterrumpida.

En la Constitución Política de 1991 se hace mención del carácter esencial que tienen los servicios públicos en general. En el artículo 56 a modo de excepción dada tal condición se restringe el derecho de huelga<sup>172</sup>. Ya en la reforma constitucional de 1936 tal directriz había sido trazada en su artículo 20 al señalar: “... se garantiza el derecho a la huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio”.

Las normas referidas señalan la procedencia o no del derecho a la huelga dada ciertas calidades de los servicios públicos. No obstante, no se

---

<sup>171</sup> En sentencias C-450 de 1995, Expediente D-849. Se demandan las siguientes normas Código sustantivo del trabajo artículo 430 subrogado por el decreto 753 de 1956, literales b) y h), y 452, subrogado por el decreto ley 2351 de 1965 artículo 34, numeral 1º, por considerarse violatorias de los artículos 1, 2, 4, 25, 39, 53, 55 y 56 de la Constitución Política.

C-663 de 2000, Expediente D-2698. Las normas demandadas en esta sentencia son los artículos 4 y 14 de la ley 142 de 1994. Se establece en este fallo respecto de la afirmación: los servicios contemplados en la ley 142 de 1994 son esenciales: “La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga. Tampoco, aquélla puede radicar en la invocación abstracta de la utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, la cual es consustancial a todo servicio público. El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad. El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios”.

<sup>172</sup> SENTENCIA C-450 DE 1995: “El derecho de los trabajadores a hacer la huelga con el fin de mejorar sus condiciones de trabajo y sociales, si bien representa un derecho constitucional protegido, en el sentido de que contribuye a la realización efectiva de principios y valores consagrados en la Carta, no es oponible a los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos, por el mayor rango que estos tienen en el ordenamiento constitucional. Además, es mayor el perjuicio que se causa en sus derechos fundamentales a los usuarios, cuando aquéllos son afectados, que los beneficios que los trabajadores derivan de la huelga para mejorar sus condiciones de trabajo. Es obvio, que la balanza de los intereses y derechos en conflicto debe inclinarse en favor de los derechos fundamentales”.

encuentra en estos textos una descripción de lo que para el constituyente significa un servicio público esencial, ni qué tipo de servicios específicamente se entienden como tales, quedando en todo caso el legislador encargado de la tarea de definirlos.

Es decir, con las disposiciones constitucionales mencionadas, la diferenciación entre servicios públicos esenciales y aquellos que no lo son, no quedó definida, ni identificada, ya que simplemente fue utilizada con el fin de referirse a las restricciones de las huelgas, mas no para otros asuntos que también implican la prestación de servicios públicos.

Como consecuencia de este artículo 56 CP., que introdujo al mundo jurídico la noción de servicio público **esencial**, la corte constitucional en sentencia C-473 de 1994<sup>173</sup>, discutió que sobre el derecho a la huelga existe una restricción de igual carácter constitucional, que no es precisa porque no se

---

<sup>173</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 473 de 1994. Expediente No. D- 565. En este caso la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 416, 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo. Dentro de los puntos objeto de revisión se encontraba el referido a establecer la distinción entre el servicio público en general y aquél que es considerado esencial, pues de acuerdo a lo invocado por el accionante el derecho a la huelga se debe limitar a los servicios clasificados como esenciales y no a todos los servicios públicos. En tal sentido la Corte señaló: "...las limitaciones constitucionales al derecho de huelga deben ser interpretadas de manera que se busque armonizar los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales con el derecho de huelga de los trabajadores. En efecto, estamos en presencia de una colisión entre principios y derechos fundamentales protegidos por la Constitución. En tales casos, en virtud del principio de efectividad de los derechos fundamentales (CP art. 2), siempre se debe preferir la interpretación que permita la armonización y la compatibilidad de los derechos sobre aquella que imponga un sacrificio excesivo a alguno de ellos, tal y como esta Corte lo ha establecido en numerosas oportunidades. Así, esta Corporación ha sostenido que "el intérprete debe garantizar el mayor radio de acción posible al ejercicio de los derechos fundamentales y preferir la solución que, en el sopesamiento de valores o derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial, atendidas la importancia y función que cada derecho cumple en una sociedad democrática [...] la Constitución únicamente utiliza la palabra esencial para referirse a las restricciones a la huelga, mientras que las otras normas constitucionales se refieren a los servicios públicos en general. Esto significa que el Constituyente decidió mantener un concepto genérico de servicios públicos para todos los otros efectos constitucionales distintos a la regulación del derecho de huelga. Así, tal concepto opera para la inspección y vigilancia presidencial (CP art. 189 ord 22), el establecimiento de las funciones de los municipios (CP art. 311) y de los Distritos Especiales (CP art. 322), la regulación de las áreas metropolitanas (CP arts. 319 y 325), del intervencionismo económico (CP art. 334) y de la finalidad social del Estado (CP art. 365 y 370). Pero este concepto genérico fue expresamente descartado por el Constituyente para la regulación de las limitaciones al derecho de huelga."



mencionan cuáles son los servicios públicos esenciales, por cuanto el órgano constitucional dejó a cargo del legislador la reglamentación y determinación sobre cuáles serían éstos. En esta sentencia, mencionó la Corte Constitucional que los servicios públicos esenciales son una “especie de los servicios públicos”, sin embargo para esa fecha no existe una disposición emanada del legislador acerca de cuáles son específicamente aquellos servicios que se reputan esenciales, lo que genera la necesidad de hacer tal precisión por parte del Congreso de la República a efectos de no limitar sin justificación alguna el derecho a la huelga para todos los servicios públicos.

En la sentencia C-450 de 1995, la Corte emitió su definición de contenido material acerca de cuáles debían ser tenidos en cuenta como servicios públicos esenciales<sup>174</sup>. De ahí el llamado a restringir el derecho de huelga de este tipo de servicios, ya que con la ocurrencia de un cese de actividades en estos sectores como la banca central, seguridad social, reconocimiento y pago de pensiones, las actividades de las empresas de transporte por tierra, mar y aire, las telecomunicaciones, el transporte, la generación de energía y

---

<sup>174</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 459 de 1995, aquí la Corte constitucional recordó que para definir los servicios públicos esenciales, en sentencia C-473 de 1994 se “optó por la fórmula, según la cual, “la Constitución ha establecido dos requisitos diferentes para que se pueda excluir el derecho de huelga de una determinada actividad. En primer término, es necesario que ésta sea materialmente un servicio público esencial. Y, en segundo término, desde el punto de vista formal, es necesario que el Legislador haya expresamente definido la actividad como servicio público esencial y restringido el derecho de huelga en ella [...] estima la Corte que la definición de los servicios públicos esenciales, atendiendo a su materialidad, debe consultar, entre otros, los siguientes criterios, no taxativos o exhaustivos, sino meramente indicativos: La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga. Tampoco, aquélla puede radicar en la invocación abstracta de la utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, la cual es consustancial a todo servicio público. El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad. El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios”.

los servicios públicos domiciliarios, se ocasionarían daños de gran magnitud lesionándose inclusive derechos fundamentales que dependen de la eficiencia, efectividad y continuidad en la prestación de estos servicios categorizados como esenciales.

Es a partir de los anteriores criterios que se diferenció un servicio público esencial de otro que no lo es, pues «el Estado Social de Derecho<sup>175</sup> tiene a su cargo la responsabilidad de satisfacer -en desarrollo de su finalidad social-, las necesidades de sus administrados, aquellas que van directamente ligadas con su bienestar y efectiva realización de sus derechos y libertades en respuesta al “conjunto de reglas y principios”<sup>176</sup> constitucionales que orientan su realización como Estado Social, y lo hace a través de la financiación de este tipo de servicios en razón a los principios de eficiencia y solidaridad, principalmente porque son éstos los que se encuentran íntimamente ligados a la disposición constitucional. La eficiencia es un principio elevado a norma constitucional dentro de los artículos 334 y 365 de la C.P. y «consiste en la obligación de ofrecer el servicio oportunamente, al menor costo posible y procurando la mejor calidad posible, reconociendo al usuario los ahorros que se producen por economías de

---

<sup>175</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 636 de 2000. Expediente: D-2628. En este caso se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 129 (p) y 134 de la ley 142 de 1994. Consideraba el actor que las normas acusadas violaban los artículos 2, 29 y 58 de la Constitución. En relación con la concepción de Estado Social de Derecho se señaló en dicha providencia: “Es de la esencia de la filosofía política que inspira al Estado Social de Derecho la de asegurar, como cometido básico de éste, inherente a su finalidad social, la atención y satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad. De este modo, la realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas.”

<sup>176</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *El concepto del servicio público en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002. p. 50.

escala y factores de productividad basados en la reducción de costos por experiencia (*know-how*) y desarrollo de industria»<sup>177</sup>.

Son entonces los servicios públicos esenciales los que gozan de primordial atención por el Estado al que le cabe la responsabilidad de satisfacer las necesidades consideradas como indispensables para que los individuos puedan vivir en condiciones dignas y concentrar sus esfuerzos en mejorar las condiciones de vida de los más necesitados.

Para la jurisprudencia de la Corte constitucional, aun cuando hay servicios que no son indispensables para el sostenimiento de la vida digna de los usuarios<sup>178</sup> tienen un carácter de esencialidad, lo que los hace susceptibles de protección a través de la acción de tutela.

En razón del desarrollo constitucional legal y jurisprudencial hoy se puede decir que los servicios públicos domiciliarios pertenecen al grupo de aquellos servicios públicos considerados como esenciales. Lo anterior pone en el plano de protección constitucional a través de la acción de tutela a los servicios públicos domiciliarios; por ejemplo, en el caso del agua potable,<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> DUSSÁN, HITSCHERICH JORGE. *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Pontificia universidad Javeriana, Colombia, 2006, P. 73.

<sup>178</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 134 de 1994. Expediente D- 404. En este fallo se resolvió la demanda de inconstitucionalidad de los incisos 1, 2 y 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, norma por medio de la cual se reglamentó la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Respecto de la procedencia de la acción de tutela se dispuso: “Con todo, esta Corporación considera que, respecto de los numerales 1o. y 2o. del artículo 42 del decreto 2591, la acción de tutela debe proceder contra cualquier particular que preste un servicio público. Lo anterior porque, como se ha establecido, el servicio público de interés general prestado por un particular hace que éste asuma una posición de primacía material, con relevancia jurídica, que hace que ese particular, al trascender el plano de la justicia conmutativa que enmarca una relación de igualdad entre todos los seres de un mismo género, pueda, por medio de sus actos, cometer "abusos de poder" que atenten contra algún derecho fundamental de una o varias personas. Por ello ese "particular" debe ser sujeto de las acciones pertinentes, dentro de las cuales se encuentra la acción de tutela, que determinan la responsabilidad de quienes, se repite, han vulnerado o amenazado un derecho constitucional fundamental de cualquier persona”.

<sup>179</sup> Corte Constitucional. Sentencia T - 091 de 2010. Expediente T- 2398113. En el presente caso la Corte estudio los siguientes hechos: la demandante informó que el predio donde vivía junto con sus

considera la Corte Constitucional que es un derecho fundamental. No obstante lo anterior cabe precisar que esta afirmación no es absoluta puesto que se deben respetar los criterios de procedencia de la acción de tutela para cada caso en concreto.

En términos de la Corte, el derecho al servicio de alcantarillado sería también susceptible de protección a través de la acción de tutela cuando se afecten de manera evidente derechos y principios constitucionales como la dignidad humana, la vida, y la igualdad, por ser éstos derechos fundamentales de aplicación inmediata,<sup>180</sup> aún cuando el derecho al servicio de alcantarillado

---

menores nietas no contaba con servicio de acueducto “desde hacía meses”, desconociendo la causa por la cual “la empresa no suministraba el servicio en las condiciones normales pactadas en el contrato de condiciones uniformes, a pesar de las reclamaciones verbales”, a las que la empresa no había dado solución de fondo. Afirmó que las pocas veces que llegó el agua fue sin presión, lo que no permitió que ellos gozaran verdaderamente del servicio, al punto que tuvieron que “comprar el agua incluso en bolsas y en carrotanques”. Agregó que “el servicio no llegaba, lo único que llegaba era la factura con el cobro de servicios no prestados”, lo que según ella constituía “un enriquecimiento sin causa”. Consideró vulnerados sus derechos y los de sus menores nietas por la falta de suministro de agua, presentándose problemas de salubridad que atentaban contra la vida y la salud, porque el simple hecho de no tener el servicio vulneraba “la condición de vida”, especialmente de las menores. En este sentido la Corte señala: “La Corte Constitucional ha resaltado que la provisión de agua potable es un objetivo fundamental para asegurar la supervivencia del ser humano, que está indisolublemente ligada a la posibilidad de gozar de ese recurso natural vital insustituible, que al mismo tiempo es presupuesto indispensable para el disfrute de derechos fundamentales como la vida, la salud y la dignidad humana. Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben procurar que este servicio esencial, como lo es el agua potable, llegue a los usuarios en las cantidades necesarias, más aún a los hogares donde se encuentren menores de edad, como también a guarderías, jardines infantiles, centros educativos, fundaciones, albergues y demás establecimientos a los que suelen acudir o permanecer niños, que deben provocar urgente reacción correctiva en caso de suspensión”

<sup>180</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. Expediente – T -778. En este Caso la Corte estudió los siguientes hechos expuestos por el accionante: las Empresas Públicas de Cartagena iniciaron en el año de 1991 la construcción del servicio de alcantarillado para el barrio Vista Hermosa. Transcurrido un año y sin haberse terminado la construcción fue puesto en funcionamiento, hecho que produjo el desbordamiento de aguas negras por los registros, ocasionando olores nauseabundos y contaminantes de la atmósfera de los residentes tanto del barrio en mención como del Campestre, ubicado a pocos metros de aquél. Al respecto se dispuso: “Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia

hiciera parte de la clasificación de derechos económicos sociales y culturales los cuales por disposición constitucional no son susceptibles de protección a través de la acción de tutela, sino a través de una acción popular.

En este punto es preciso anotar que no se presenta el tema del agua potable<sup>181</sup> como una cita realizada al azar, puesto que es el inicio de una discusión que bien vale la pena estudiar referida a la heterogeneidad de los contenidos materiales de cada uno de los servicios considerados como domiciliarios. Es así que la connotación no solo técnica sino la jurídica que aquí nos interesa, es diferente en cada caso. Así, no es comparable el servicio de energía, con el de agua potable, de ahí que se pueda concluir que teniendo en cuenta que cada uno es diferente no es el legislador el llamada a vigilar la intervención del Estado dada esas características diferenciadas en cada uno de ellos; dicha tarea corresponde es a la

---

de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos”.

<sup>181</sup> En este punto se traen a colación algunas de las discusiones que sobre el tema fueron desarrolladas en la Gaceta Constitucional N° 53 de 18 de abril de 1991. Servicios Públicos. Exposición de Motivos. Respecto del tema específico de Agua Potable: También llamado el segundo oxígeno, ocupa nuestra preocupación. Su carencia o su potabilidad es un claro índice del atraso e injusticia de una sociedad. En nuestro país las estadísticas nos muestran:

- Desequilibrio absoluto en producción, inversión y prestación entre agua potable y la energía eléctrica.
- Desequilibrio absoluto en la prestación del servicio entre las zonas urbanas, las rurales y las regiones alejadas de los grandes centros urbanos.
- Aterradora proporción de pérdidas técnicas y negras en la distribución y prestación del servicio, lo que nos muestra:

a) Una alta incapacidad tecnológica así como carencias en planeación y b) Un grado alto de corrupción en funcionamiento de las empresas públicas encargadas de su distribución y prestación, así como en los usuarios, que en mayor proporción son grandes consumidores del comercio industrial, como lo muestra el caso tipo-típico de Bogotá.

- Con relación a coberturas estamos en un nivel medio hacia abajo, en el contexto de los países latinoamericanos: R. Dominicana 66%, Brasil 57%, México 70%, Bolivia 44%, Colombia 57%.

- Disminución del consumo de agua potable básicamente en los niveles pobres de la población, lo que implica una disminución real de la calidad de la vida, con grandes repercusiones para la salud de esos mismos consumidores. Esta disminución del consumo es producto de la alta tarifa, así como de la pérdida macro del poder adquisitivo, aumento del desempleo, e inflación.

Proponemos entonces subsidios en el servicio de agua potable para los sectores incapacitados de pagarla, lo que paradójicamente tendrá efectos benéficos en ahorro nacional, en el campo de la morbi-mortalidad y de enfermedades producto de la escasez de agua potable”.

autoridad reguladora ya que esta conoce su servicio específicamente, lo que adquiere mayor relevancia cuando de protección de los usuarios se trata.

Son por lo tanto los SPD una categoría propia del derecho colombiano que goza de unas características especiales tales como que, «a pesar de la participación de particulares y comunidades organizadas en la prestación de los mismos, sigue siendo el Estado el encargado de su inspección, vigilancia y control. Tienen un punto terminal que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios y están destinados a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto»<sup>182</sup>.

Los anteriores constituyen los criterios finalistas en relación con la determinación del SPD. «Inicialmente el servicio público que se presta dentro de la intimidad del hogar o sitio de trabajo de las personas es el llamado “domiciliario”; aunque este criterio no es totalmente afortunado si

---

<sup>182</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992. Expediente – T – 1848. En este caso la Corte estudió la acción de tutela basada en los siguientes hechos: una urbanizadora solicitó a la Asociación de Usuarios del Acueducto Rural de Veredas del Norte de Fusagasugá – ACUAVENORTE-, y a la División de Saneamiento Básico del Fondo de Acueductos y Alcantarillados del Departamento de Cundinamarca, la instalación del servicio de acueducto y la conexión del mismo para 78 predios, en el municipio de Fusagasugá. Concedida y aprobada en su momento la solicitud por la Junta Directiva de ACUAVENORTE, de conformidad con el concepto técnico que permitía la incorporación al sistema de acueducto Regional de las veredas del Norte a partir del ramal denominado “línea 7”, la sociedad urbanizadora procedió a cumplir con los pagos ordenados. No obstante ello, se presentó retardo en la instalación del servicio, por lo que la urbanizadora solicitó por medio de la acción de tutela dar cumplimiento a lo pactado argumentando que se le estaba vulnerando su derecho fundamental al servicio público domiciliario de acueducto. Al respecto procedió la Corte a definir los servicios públicos domiciliarios así: “son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. El servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquél”. Además señaló: “son características relevantes para la determinación del servicio público domiciliario las siguientes a partir de un criterio finalista: a) El servicio público domiciliario de conformidad con el art. 365 de la Constitución, puede ser prestado directa o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. b) El servicio público domiciliario tiene un “punto terminal” que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario “la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el servicio de cierta cosa”. c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna.”

consideramos la realidad de muchos municipios de Colombia, donde existe, por ejemplo, una sola toma de agua para toda la población [...]. Creemos que la denominación hubiese sido más válida si se hubiera hablado de servicios públicos vitales»<sup>183</sup>; esta como una propuesta de mejora en la determinación de la clase de servicios de que se trata.

Esta consagración que trae de manera innovadora la categoría de esenciales imprime una forma de entender el servicio público domiciliario, como «aquel que tiene el más alto nivel de importancia por cuanto va encaminado a satisfacer necesidades que demandan atención de una manera “inaplazable, primordial e indispensable”»<sup>184</sup>, por tratarse de derechos fundamentales involucrados en la prestación de los mismos.

Existe la preocupación por la estabilidad de los servicios públicos domiciliarios porque son estos el principal instrumento de la realización de los fines del Estado, por cuanto “su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico”<sup>185</sup>.

Otro aspecto a tener en cuenta es el referente a la procedencia y la pertinencia de la categoría de SPD que ha desarrollado la legislación colombiana. «Los SPD como categoría novedosa introducida por la

---

<sup>183</sup> DEVIS GRANADOS, ISAAC ALFONSO. Aspectos Constitucionales de los servicios públicos y las telecomunicaciones en Colombia. Colección textos de jurisprudencia. Editorial: Universidad del Rosario, 2007. P. 208.

<sup>184</sup> ROMERO, TOBÓN JUAN FERNANDO. *Huelga y servicio público en Colombia, evolución legal y regulación constitucional en 1991*, Primera edición, Edit. Rodríguez Quito, Colombia, 1992. P. 149.

<sup>185</sup> ALMONACID, SIERRA JUAN JORGE Y GARCÍA, LOZADA NELSON GERARDO. *Derecho de la competencia, Abuso De Posición Dominante, Competencia Desleal, Uso Indebido De Información Privilegiada*, Edit. Legis, Colombia, 1998, P. 183.

Constitución Política tuvo una inspiración fundada principalmente en la calidad de vida y el desarrollo social relacionados con aquellos servicios públicos que llegan hasta el domicilio. De manera independiente a los cuestionamientos que puede suscitar esta afirmación principalmente con ocasión de trascendentales servicios públicos que no llegan hasta el domicilio, el desarrollo legal de los mismos tuvo varias consecuencias y una de ellas es sin duda la afectación del domicilio en razón de la prestación de estos servicios»<sup>186</sup>.

De lo antedicho se extrae el sustento para determinar que no se trata de una categoría con rasgos definitorios propios que le permitan tener una identificación clara y plena de diferenciación frente al contexto de los servicios públicos en general, pues la sola esencialidad tal como se mostró no es suficiente dada las calidades de otros servicios a los que les cabe tal connotación, como tampoco el hecho que se tome el destino final del domicilio o sitio de trabajo, toda vez que dentro de estos espacios hay lugar también a otros servicios que además de esenciales no hacen parte de los SPD.

No obstante el desarrollo del tema en estas líneas, resulta importante resaltar que en la actualidad frente al interrogante de qué son los SPD, por qué la distinción frente a los servicios públicos en general, se responde a partir del señalamiento de cuáles son, sin que exista de fondo un tratamiento fuerte de contenido material en su sustento legal, a pesar de tratarse de un concepto propio de nuestro derecho colombiano.

En cuanto a las características de los SPD, es necesario reiterar que son prestados o están dirigidos a la satisfacción de las necesidades de quienes

---

<sup>186</sup> MONTAÑA PLATA, ALBERTO. Sintomatología en diez puntos del régimen jurídico de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios. CONTEXTO. Revista de Derecho y Economía. No. 19. Septiembre de 2004. Edición Especial. Universidad Externado de Colombia. P, 55.



hemos de denominar “usuarios”, calificativo que será objeto de estudio en las líneas que a continuación se desarrollan, definitorias de su contextualización dentro del Estado Social de Derecho y referidas también a la normatividad a ellos aplicable en nuestro país.

### **C. LOS CONSUMIDORES – USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN GENERAL Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN PARTICULAR. ESPECIFICIDAD SUBJETIVA CON IMPLICACIONES NORMATIVAS**

Hacer una revisión de la diferencia entre el concepto de consumidor y usuario es la línea vertebral de desarrollo de las siguientes páginas. Este tema ocupa nuestra atención en razón de las implicaciones normativas que tales categorías tienen, pues se trata de manera indistinta en las variadas disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano.

Es indiscutible el papel protagónico que tienen los usuarios en el contexto de los SPD cuyo soporte fue desarrollado en los temas estudiados anteriormente, de ahí los contenidos planteados. Desde la contextualización de la teoría del servicio público se cuenta con las herramientas para la definición de los usuarios como destinatarios de la prestación del servicio y titulares de las necesidades que de estos se derivan de las cuales demandan su satisfacción.

En este sentido es preciso anotar que en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la Constitución Política de 1991, se eleva a rango constitucional - como derecho colectivo el de los consumidores -, lo cual privilegia precisamente tal calidad, y esto, se hace aún más evidente en el caso de quienes se benefician de la prestación de los servicios públicos domiciliarios que, como se ha venido anotando, pertenecen a la categoría de

servicio público, cuya responsabilidad de vigilancia y control sigue estando en cabeza del Estado como titular de la obligación de garantizar el bienestar de los ciudadanos de un país.

Es así que, para delimitar el desarrollo de este tema se ha escogido abordarlo a partir de tres cuestiones: la primera, la del Estado Social de Derecho y el reconocimiento de los derechos colectivos, haciendo mención precisamente de la situación relacionada con que tal denominación no es solo teórica sino que tiene unas implicaciones de responsabilidad en torno a las consideraciones normativas que respecto del tema son desarrolladas; en segundo lugar, se abordará la normatividad aplicable a los usuarios de los SPD en Colombia, y cuáles son las críticas que se hacen frente a su estado actual, precisamente en razón de los pocos desarrollos y las confusiones que en cuanto a estos términos se siguen señalando; y finalmente, se abordará lo referente a la naturaleza de la relación prestador – usuario de los servicios públicos, que se direcciona específicamente hacia la materialización del contrato, siendo este el objeto de estudio del siguiente capítulo precisamente con la finalidad de poder esbozar los aportes en cuanto a su control, respecto de las cláusulas abusivas norte de la presente tesis.

### **C.1 EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS**

Los derechos de los actores económicos interesan a los propósitos del presente escrito, y no de cualquier actor, sino del denominado consumidor en el contexto de sujeto de protección a partir del ejercicio empresarial. Bajo los postulados de la justicia social y la igualdad real, el Estado debe proveer los medios que garanticen la protección del más débil, y es el consumidor el más débil de la relación de consumo, por lo que con su consagración como sujeto

de derecho, realizada de manera expresa por el artículo 78<sup>187</sup> de la Constitución Política, se transforma la dinámica del mercado, surgen derechos perfectamente individualizados que deben ser respetados al consumidor y en consecuencia obligaciones de quienes intervienen en el mercado y se relacionan directa o indirectamente<sup>188</sup> con este sujeto de derechos.

La consagración constitucional del consumidor como sujeto de derechos y la dinámica propia del mercado, ha exigido el desarrollo legal de sus derechos y garantías mínimas, dentro de la asunción del Estado Social de Derecho atendiendo a la naturaleza de las diferentes relaciones económicas que pueden presentarse en el mercado.

Dentro de la connotación de “esenciales” que se da a los SPD es necesario tener en cuenta que en relación con los “**usuarios**”, éste es el término empleado para asumir una identificación propia, dada la calidad del servicio y la fundamentación de esta especialidad. Estos están contenidos dentro de los derechos colectivos; no obstante, tal ubicación no es definitiva, y por el contrario en razón de la invocación de violación o manifiesto peligro de un derecho fundamental, estos pueden ser protegidos.

En este contexto es necesario tener en cuenta que así considerados los derechos fundamentales se definen como «derechos subjetivos con un alto grado de importancia<sup>189</sup>» es la primera característica de los derechos

---

Art. 78. “(...) Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicio, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.” (Subrayado fuera de texto) (CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 1991).

El artículo 78 de la Constitución Política hace responsables a proveedores y distribuidores de bienes y servicios.

<sup>189</sup> ARANGO, RIVADENEIRA RODOLFO. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Edit. Legis, Colombia, 2005. P. 31.

fundamentales el ser “subjetivos”, esto significa que se encuentre positivizado en una Constitución para que logre tener validez jurídica.

Todo ello tiene su razón de ser en la protección jurídica brindada a quienes son considerados usuarios de los SPD, discusión que tuvo desarrollo a través de los diferentes estudios adelantados al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de resaltar su papel y brindar mayores herramientas de protección frente a los derechos por ellos invocados.

Es así, que dentro de las discusiones preliminares a la determinación del articulado definitivo de nuestra Constitución Política, se planteó la figura de los **usuarios**, a partir del artículo de Gestión y Administración: «...*B. Control de Gestión y Participación de los usuarios: Se conformará un Consejo Nacional de Servicios Públicos que será el ente encargado de establecer políticas de desarrollo, conservación y tarifas en esta materia y, controlar y vigilar el cumplimiento de todas las normas al respecto fijadas por la ley. Este Consejo estará integrado por representantes del gobierno nacional, el órgano legislativo nacional, las regiones, las empresas de servicios públicos y la ciudadanía. Estará adscrito al Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social. A nivel regional se conformarán Consejos de Servicios Públicos que serán los encargados de intermediar y programar políticas regionales de servicios públicos. Estará compuesto por representantes del gobierno departamental o regional, la Asamblea Departamental, los municipios, las empresas de servicios públicos y la ciudadanía. A nivel municipal se conformarán Consejos de Servicios Públicos, los cuales tendrán un carácter de veeduría cívica, y, estarán integrados por representantes del gobierno municipal, el Concejo Municipal, la ciudadanía y las empresas municipales públicas*»<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Gaceta Constitucional No. 41 del 09 de abril de 1991.

Lo anterior es necesario presentarlo para su ubicación en el contexto actual en el que, son catalogados los Derechos de los consumidores y **usuarios** como un derecho colectivo<sup>191</sup>, además de incluir dentro de su determinación como usuarios de los SPD, lo referente a la participación y protección de sus derechos.

Continúa el Constituyente analizando el tema de los consumidores y usuarios bajo la perspectiva del Derecho Colectivo<sup>192</sup>: «...*La competencia económica*

---

<sup>191</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - Bogotá D. C., diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005). Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP). En este fallo el Consejo de Estado ha fijado su contenido y alcance, y, especialmente, su íntima conexión con el derecho colectivo a la libre competencia económica, en los siguientes términos: “**los derechos de los consumidores y usuarios**”... también tienen en las acciones populares un mecanismo colectivo para su defensa, en el marco de la Constitución Económica, como límite a la libertad económica. En efecto, la Constitución señala con claridad que la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades (inc. 2 art. 333 C.N.), al tiempo que prescribe que, por mandato legal, el Estado impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de las personas o empresas que hagan de su posición dominante en el mercado nacional (inciso 4 art. 333 y num. 21 art. 150 C.N.). De modo que la protección constitucional de la libertad económica se hace no sólo a favor de los agentes económicos para que puedan acceder en un mercado en libre competencia, sino –principalmente- en favor del consumidor, quien se beneficia en últimas de la competencia, la cual le permite escoger libremente los bienes o servicios ofrecidos según sus preferencias de calidad y precio. Así se puso de relieve en los debates en la constituyente:

“Cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no sólo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de estas fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad. En consecuencia, el derecho a la libre competencia económica no lo es solamente de quienes concurren al mercado con calidad de productores de bienes y servicios, sino que constituye un derecho esencial de los consumidores y usuarios (por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopólico o al abuso de posición dominante en términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan) y, más aún, de la colectividad toda, como quiera que toda la comunidad se beneficia de la operación de un sistema económico competitivo y eficiente”.

La intervención económica del Estado (art. 334 C.P.) se exige, pues, no sólo en beneficio de quienes participan directamente en la competencia “en” o “por” el mercado, sino justamente a favor de la parte más débil, el usuario, quien en ese escenario de las leyes de oferta y demanda en el que se desarrollan las relaciones de consumo, se encuentra en una posición de evidente subordinación, desventaja e inferioridad que exige una tutela especial por parte del Estado Social”.

<sup>192</sup> Pero esto tiene unos antecedentes que se sustentan en los postulados defendidos a partir de la revolución liberal y posteriormente en la revolución industrial. Se da un cambio de paradigma donde el individuo viene a ser centro de debate y por lo tanto referente para el desarrollo de las normas que les incumben. “...Aun cuando la connotación de derechos de las cláusulas sociales estaban en entredicho, lo cierto es que denotaban un cambio significativo: el discurso teórico que justificaba una separación tajante entre el Estado y la sociedad fue abandonado, en cuanto se trataba de los dos lados de una

*es un derecho de todos. Conviene señalar que el carácter colectivo de este derecho ha sido ya reconocido por nuestra legislación. Tal es el caso del artículo 75 del Código de Comercio, en donde, después de señalar distintas modalidades de competencia desleal, se refiere a “cualquier otro procedimiento similar a los anteriores realizados por un competidor, en detrimento de otros o de la colectividad, siempre que sea contrario a las buenas costumbres mercantiles”. Allí se reconoce claramente que las prácticas de competencia desleal no son solamente susceptibles de producir daño a otros competidores, sino en la colectividad, de donde surge obligatoriamente el derecho colectivo a una justa y leal competencia comercial. Otro antecedente legislativo se encuentra en el caso de la extensión de la acción del consumidor a los casos de competencia desleal entre las compañías de seguros en la ley de Reforma Financiera que aprobó el Congreso en la anterior legislación»<sup>193</sup>.*

En este mismo contexto de Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado, se presenta el desarrollo dado al tema de los Consumidores y Usuarios en la Asamblea Nacional Constituyente. Su propósito era dejar sentadas las bases de la figura de los SPD y los actores que en ella estarían involucrados como es el caso de los usuarios de los mismos, quienes requerían una diferenciación especial de los consumidores en razón de los servicios de que se iban a beneficiar.

---

misma moneda y ello implicaba un replanteamiento de competencias administrativas. Bajo esta perspectiva, el discurso universalista de los derechos, aun cuando necesario resultaba insuficiente, pues se denotaba la aparición de nuevas exigencias sociales que se tradujeron en el transcurso del siglo XX en un progresivo proceso de especificación de los destinatarios de las normas: ya no se trataba del hombre como objeto universal de protección sino de regulaciones que tenían en cuenta el rol que este ocupaba en los diferentes estadios de su vida...”. RINCÓN, Córdoba Jorge Iván. La igualdad material como responsabilidad de la administración pública. “La constitucionalización del Derecho Administrativo” XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Septiembre de 2014, primera edición. Bogotá – Colombia, p. 424.

<sup>193</sup> Gaceta Constitucional No. 46 de 15 de abril de 1991.

En relación con los servicios públicos<sup>194</sup> en general señaló la Asamblea Nacional Constituyente<sup>195</sup> que existían para dicho momento instrumentos jurídicos para la defensa de los consumidores o usuarios, sin embargo, de acuerdo a las directrices internacionales dadas por organismos como la ONU era necesario fortalecer la legislación para la salvaguarda de los derechos de dichos actores.

Partiendo del propósito de dar fuerza al desarrollo legislativo en relación con la defensa de los consumidores se adelantaron varios proyectos y propuestas de reforma constitucional que sirvieron como escenario para debatir diversos aspectos que finalmente conducirían a dar claridad al tema, y a generar la necesidad de diferenciar los consumidores en general, de los usuarios de los SPD<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> «El debate sobre los servicios públicos ha concluido, en la actualidad en la aceptación incondicionada de la pervivencia de los elementos de la tradicional ideología básica del servicio público combinada, ahora, con las exigencias del mercado. La conclusión que se ha seguido de todo ello es que, cuando se trata de actividades de naturaleza económica, la regla general es que tienen que desarrollarse de acuerdo con las reglas del Derecho de la competencia; sin perjuicio de ello, pueden mantenerse servicios de interés general que, en determinadas condiciones, estarían excluidos de aquéllas» MUÑOZ, Machado Santiago. *Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Fundación. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset. Primera edición 2009, Madrid. p. 68. Si bien el contexto que tiene la presente cita se relaciona la concepción de servicios de interés general europea, tal anotación no es ajena a la ideal constitucional de permitir un mercado abierto y dinámico en el que con el propósito de alcanzar los fines estatales se pueda realizar la prestación de los SPD en esta dinámica de mercado.

<sup>195</sup> **I. Antecedentes.** “Existen en el ámbito nacional instrumentos jurídicos especiales de defensa del consumidor o usuario mediante procedimientos de carácter administrativo o jurisdiccional. Tal es el caso, por ejemplo, del decreto extraordinario 3466 de 1982 o de la ley 9 de 1979, norma esta última que tutela exclusivamente la salud de los consumidores de drogas o alimentos. En el ámbito internacional, los derechos de los consumidores han sido reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante las Directrices para la Protección de los Consumidores, aprobadas por la Resolución 32-248 del 9 de abril de 1985. La ONU solicitó a los gobiernos, particularmente de los países en desarrollo, fortalecer la legislación en defensa de los consumidores, institucionalizando sus políticas sobre la materia en normas de la mayor jerarquía posible...”

<sup>196</sup> **...II. Los derechos de los consumidores y usuarios en los proyectos y propuestas de reforma constitucional.** a. Principales características. Varios proyectos de reforma constitucional presentados a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente proponen introducir en la Carta un articulado sobre derechos de los consumidores y usuarios. Tal es el caso, por ejemplo, del proyecto N°2 en su artículo 61. Se consideran allí como uno de los principales derechos colectivos. En forma análoga, el proyecto N° 7 se refiere a los derechos de los consumidores en el artículo 48 y al de los usuarios de servicios esenciales prestados por el Estado en el artículo 49. El proyecto N° 9 contempla el tema en el

Como derecho colectivo, el derecho de los usuarios lleva consigo la necesidad de tomar medidas a través de las cuales se atienda el sentido de

---

artículo 28, el N° 126 en el artículo 138 y el proyecto N° 126-C en el artículo 61. Por su parte, el proyecto N° 62 incluye los derechos de consumidores y usuarios en el artículo 4. En adición, sus autores, en el proyecto N° 59, artículo 8, hacen referencia a los derechos de los usuarios de servicios públicos. Finalmente, el proyecto N°43, que trata de los servicios públicos, contempla los derechos de los usuarios en los artículos 7 y 8. Conviene señalar también que en las actividades y discusiones de la Subcomisión Preparatoria de la Asamblea N° 0409, que se ocupó de los derechos colectivos, hubo amplio acuerdo acerca de la necesidad de otorgarle un espacio en la Carta a los intereses colectivos de los consumidores y usuarios a fin de estimular, luego, la expedición de instrumentos legales adecuados que amplíen o refuercen la eficacia de los que existen actualmente. Los elementos principales que figuran en los diferentes proyectos, recogidos en el articulado propuesto, son los siguientes: 1. El deber del Estado de proteger a los consumidores y usuarios. (Proyectos Nos. 2, 62 y 126- C) [...]

3. El mandato al legislador para que regule el control de calidad de bienes y servicios. (Proyecto N° 2).

4. Los derechos de participación de las organizaciones y ligas representativas de los consumidores y usuarios en la adopción de disposiciones generales que los afecten directamente y, en el caso de los servicios públicos, en la planeación, gestión y fiscalización de su prestación. Este tema es común a todos los proyectos mencionados. Se recomienda añadir que dicha participación se llevará a cabo a través de organizaciones y ligas de carácter representativo y que apliquen procedimientos Internos democráticos, tal y como lo sugiere el proyecto N° 59, como quiera que si el derecho de participación de los consumidores y usuarios se le confía a estas organizaciones y ligas, el Estado tiene la obligación de velar porque sean representativas y democráticas.

**III. Justificación del texto recomendado.** Tradicionalmente los consumidores han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes. Frente a esta situación de debilidad, el artículo que recomendamos consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación. Al elevar la protección de los consumidores y usuarios a nivel constitucional se pretende dotar al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional. A continuación se presenta una breve consideración sobre cada uno de los derechos de los consumidores y usuarios cuya consagración recomendamos: [...]

3. *Derecho a la información.* Puesto que por lo general los consumidores desconocen las características de los productos que circulan en el mercado, lo cual contribuye a acrecentar su desequilibrio frente a los productores, se consagra el derecho a la información para hacer efectivo el ejercicio de la libre elección entre distintas opciones, de acuerdo con su mejor conveniencia. Este derecho incluye el de las organizaciones y ligas de consumidores a difundir información relevante a sus representados.

3. *Derecho a la libre elección.* Como una de las diversas dimensiones de la libertad económica, se reconoce que es al consumidor a quien corresponde en últimas escoger libremente los bienes que se propone adquirir en el mercado, de acuerdo con sus necesidades expectativas y recursos.

4. *Derecho al adecuado aprovisionamiento.* Los consumidores deben estar protegidos contra toda práctica de acaparamiento o especulación que impida o entorpezca la provisión adecuada de bienes y servicios tendientes a satisfacer sus necesidades.

5. *Derecho a la protección en situaciones de inferioridad.* La realidad ha demostrado que son frecuentes las ocasiones en que el consumidor o usuario no tiene alternativa distinta a adherir en forma incondicional a cláusulas establecidas unilateralmente por un comerciante, en el marco de contratos cuyas implicaciones reales el consumidor ignora la más de las veces. En estas condiciones, es apenas justo ofrecerle la protección del poder público”.



las disposiciones legales que los desarrollan, para el caso de los SPD están dadas a partir de la ley 142 de 1994.

Desde una perspectiva constitucional es necesario precisar que a pesar de hacerse una enumeración taxativa de derechos y de normativas que buscan la protección de este individuo o persona jurídica denominado consumidor (género), el derecho de los usuarios (especie de aquellos) goza de prerrogativas especiales en razón de su identificación con los SPD. Lo anterior, teniendo en cuenta el carácter de estos servicios, su naturaleza y finalidad, condiciones que hacen parte del quehacer del Estado Social de Derecho que envuelve el derecho colombiano.

Así las cosas, el carácter colectivo que se reconoce a los derechos de los usuarios<sup>197</sup> de los SPD<sup>198</sup>, encuentra a partir de diferentes preceptos legales y reglamentarios una definición conceptual, tema que será objeto de análisis en las siguientes líneas.

---

<sup>197</sup> “En los servicios públicos domiciliarios la autoridad reguladora establece los derechos de los usuarios, precisando el contenido mismo de la actividad desplegada y asegurando el acceso a ella a parte de la población menos favorecida, mediante el establecimiento de subsidios” [lo anterior solo para citar un ejemplo de la regulación en torno de los derechos plasmados en favor de los usuarios de estos servicios]. RINCÓN, CÓRDOBA JORGE IVÁN. *La igualdad material como responsabilidad de la administración pública*. “La constitucionalización del Derecho Administrativo” XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Septiembre de 2014, primera edición. Bogotá – Colombia, p. 436.

<sup>198</sup> En este sentido cabe anotar que los servicios públicos domiciliarios hacen parte de los “servicios asistenciales y sociales prestados bajo la lógica de la libertad de empresa en la que la participación del Estado es concurrente, incluso subsidiaria, y en todo caso su rol se restringe a ser un operador más en un escenario de libre competencia. Esta posibilidad ofrece una dualidad en la actividad prestada, pues aun cuando la naturaleza asistencial no se desdibuja, tienen también un carácter comercial e industrial. [...] basta con observar la opción establecida en la ley 142 de 1994 para concluir fácilmente que se está ante sectores que, aunque son objeto de una extensa regulación pública, se someten a una lógica de libre entrada en la que, sin renunciar a la finalidad social que les es inherente, operan bajo una lógica de obtención de lucro. La participación de los aparatos públicos a través de entes prestadores obedece a finalidades disímiles: asegurar la cobertura en poblaciones en las que no resulte atractivo para los particulares, evitar posiciones abusivas en el mercado y ofrecer alternativas a los usuarios, entre otros”. RINCÓN, CÓRDOBA JORGE IVÁN. *Op.cit.*, pp. 423 - 424.

## C.2 LOS USUARIOS DE LOS SPD EN COLOMBIA UNA MIRADA DESDE EL DERECHO POSITIVO

En este tema es importante advertir que se cuenta con un régimen positivo sobre la materia, y la noción de usuario<sup>199</sup> se circunscribe al contexto de beneficiario real de los servicios públicos domiciliarios.

Legal y doctrinariamente se ha definido qué se debe entender por el término usuario. Respecto de la normatividad que lo preceptúa se cita el artículo 14.33 de la ley 142 de 1994 que lo delimita a aquella persona sea natural o jurídica que se ve favorecida con la prestación del SPD.<sup>200</sup> En razón del estudio puntual de esta figura en materia de SPD, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha señalado que “la definición de usuario tiene como elemento esencial el que este reciba o se beneficie de un servicio público, sin consideración a la cantidad suministrada, a la modalidad de su prestación o al régimen tarifario al que esté sometida<sup>201</sup>”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional trata el tema señalando que: “los servicios públicos domiciliarios son una especie del género servicios públicos y se caracterizan, en líneas generales, **por llegar al usuario** y/o suscriptor a través de sistemas de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas y sitios de trabajo, y por cumplir la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas<sup>202</sup>”.

---

<sup>199</sup> En la sentencia C – 636 de 2000 ya referida en el presente documento se señala respecto de la definición de usuario: “La condición de usuario, por lo tanto, comporta una situación material u objetiva, en la medida en que es el beneficiario del suministro de las prestaciones propias del servicio a cargo de la empresa respectiva”.

<sup>200</sup> “**14.33. Usuario.** Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor.”

<sup>201</sup> Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios concepto 672 de 2011.

<sup>202</sup> Sentencia C- 075 de 2006. Referida líneas atrás. Cfr. cita 5.

Si bien se hace mención específica del término usuario, hay que advertir que no es pacífica tal denominación ya que en algunos casos se tratan como similares los títulos de consumidor y usuario. Al respecto el Consejo de Estado ha establecido algunos criterios de diferenciación<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA de (19) de abril de dos mil siete (2007). Radicación número: AP-540012331000200300266 01. Referencia: Acción Popular. Se estudió en este proceso la demanda de acción popular interpuesta contra el municipio de San José de Cúcuta - En adelante municipio de Cúcuta -, la Empresa Industrial y Comercial de Cúcuta E.S.P. -en adelante, E.I.S. Cúcuta E.S.P- y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios -en adelante, SPD- con el fin de obtener el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y, a los derechos de los consumidores y usuarios; derechos que estimó vulnerados. Respecto de la ubicación de los derechos de los usuarios como colectivos señala: "... en lo atinente al **derecho o interés colectivo de los consumidores o usuarios**, vale la pena advertir que el artículo 78 constitucional atribuye naturaleza colectiva a los consumidores de bienes y servicios, y el 369 hace énfasis en la protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos. De esta dualidad normativa se deriva que los usuarios de los servicios públicos son una especie del género de los consumidores y si bien unos y otros merecen una protección y sus derechos alcanzan una dimensión colectiva susceptible de amparo a través de las acciones populares, el Estado debe atender más la situación de los primeros, toda vez que estos son consumidores de actividades "inherentes a la finalidad social del Estado" (artículo 369 constitucional). La ley 472 de 1998 en la lista enunciativa de derechos e intereses colectivos contenida en su artículo 4 (literal n), hace también referencia a ellos. Así mismo y en lo atinente a la especie de los servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994 los discrimina así:

"9. Derechos de los usuarios. Los usuarios tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor:

"9.1. Obtener de la empresa la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecida por la ley.

"9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención y utilización.

"9.3. Obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes

"9.4. Solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley y se cumplan los requisitos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

"Parágrafo: Las comisiones reguladoras, en ejercicio de las funciones conferidas por las normas vigentes, no podrán desmejorar los derechos de los usuarios reconocidos por la ley."

Esta disposición es de enorme importancia para el amparo del derecho colectivo de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, el ya nombrado artículo 369 constitucional contiene una "reserva de ley" en materia de "régimen de protección de los usuarios de los servicios públicos" y en desarrollo de ello, la Ley 142 de 1994 ha construido este único referente sustantivo y subjetivo sobre los usuarios de estos servicios; existen otras disposiciones pertinentes en materia de usuarios que en la mayoría de casos, son definitivas para garantizar la protección de estos sujetos; verbigracia las disposiciones procedimentales sobre defensa a los usuarios en sede de la empresa (capítulo VII del

Es importante señalar que no obstante la reseña realizada anteriormente sobre el tema no existe un régimen unificado de protección a los usuarios de los SPD; se cuenta con normas aplicables a estos como el reciente Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011) y manifestaciones regulatorias sobre el tema, lo que implica un panorama de dispersión normativa que se traduce en serios problemas para los usuarios quienes encontrarán evidentes dificultades al intentar identificar las normas sustantivas pertinentes para su situación, diferentes procedimientos para perseguir la atención a su insatisfacción y la concurrencia de distintos entes de control con funciones en materia de usuarios<sup>204</sup>.

La relación de los usuarios con el servicio permite establecer que en esta tarea de prestación y recepción surgen responsabilidades de doble vía. Esto hace que se promulguen diferentes normas dirigidas a la protección tanto de los prestadores como de los usuarios.

Si bien en ocasiones las normas son disímiles o contradictorias, en otras son equiparables. En tal sentido se puede presentar a continuación apartes de la doctrina española<sup>205</sup> que en este aspecto plantea el tema de los derechos de los usuarios en sus relaciones con el servicio, haciendo alusión al régimen general en torno a su protección: “*El derecho al establecimiento del servicio. El derecho a exigir prestaciones [...] a las que, según la Constitución, tienen derecho [...] La igualdad entre los usuarios respecto del disfrute del servicio,*

---

Título VIII) y otras normas dispersas en la ley y que guardan relación directa con los usuarios, como las atinentes al contrato de servicios públicos (artículos 128 y ss) y falla en la prestación del servicio (artículos 136 y ss), entre otras. La efectiva garantía que de derecho colectivo a la protección de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios debe brindársele a la comunidad, como se observa, no puede desatender los requerimientos legales; en este sentido afirmar como violado o amenazado este derecho implica identificar una afectación a un usuario que se provoca, como consecuencia de una trasgresión legal, en virtud de lo establecido en el artículo 369 constitucional...”

<sup>204</sup> En los dos procedimientos referidos por ejemplo aparecen las SPD y la Superintendencia de Industria y Comercio. Existen normas también de atención a usuarios de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Municipales Distritales.

<sup>205</sup> No obstante tratarse el presente aparte de la normatividad colombiana y específicamente el tema de los SPD, es preciso anotar que la cita es compatible con lo dispuesto en nuestro derecho interno.

así como la posibilidad de exigir responsabilidades a la Administración en los supuestos en que los usuarios de los servicios públicos sufren daños debidos a que la Administración responsable de los mismos no mantiene un estándar de funcionamiento adecuado, son otras posibilidades que el ordenamiento ofrece para garantizar derechos de carácter económico y social. [...] *Derechos y Deberes*. Son las normas que regulan cada servicio las que determinan el régimen jurídico que rige las relaciones entre el usuario y la entidad prestadora del servicio. La forma en que el servicio se presta y el contenido de las prestaciones es, por tanto, de naturaleza objetiva, en el sentido de que esencialmente queda excluida de la voluntad de las partes su modificación o concreción [...] <sup>206</sup>”

Así las cosas reitera el profesor MUÑOZ MACHADO, “entre los derechos de los usuarios, los más relevantes son el derecho de acceso al servicio, el derecho al disfrute del servicio y el derecho de participación en la configuración y gestión del servicio. El acceso al servicio [...] se produce por el cumplimiento de las condiciones que las normas que lo regulan tienen estipulados [...] El derecho de disfrute al servicio está vinculado con los principios de regularidad y con las exigencias de calidad que se imponen con carácter general. La regularidad implica que el disfrute del servicio pueda producirse en los períodos en que está previsto su funcionamiento. La calidad se corresponde con estándares mínimos concernientes a los contenidos que se ofrecen a los ciudadanos (suministro eléctrico sin interrupciones) [...] En cuanto al derecho de participación [...] es una de las manifestaciones clave de la nueva relación de los ciudadanos con los servicios públicos [...] <sup>207</sup>”

---

<sup>206</sup> MUÑOZ, Machado Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV. La Actividad Administrativa. Iustel. Primera edición, Madrid. 2011, pp 591 – 596.

<sup>207</sup> *Ibidem*, pp. 596-- 597

La exposición realizada encuentra conexión con los postulados establecidos en el derecho colombiano actual. Este además de las normas propias dirigidas a los SPD, reitera su preocupación por la preservación de los intereses de los consumidores en general.

La ley 142 de 1994, “presenta un panorama de protección a los usuarios con escasísimas prescripciones sustantivas y materiales<sup>208</sup> y con un esquema de reclamos de los usuarios frente a las empresas y al organismo de control como eje central de la “defensa de los usuarios en sede de la empresa”.<sup>209</sup>

Esta norma a su vez introduce una especie de procedimiento administrativo de defensa de los usuarios referida a las peticiones, quejas y reclamos.<sup>210</sup> Esta ley prevé que en el contexto de la lógica empresarial y en el marco de una actividad inmersa en las reglas del mercado se debe atender y propiciar mecanismos empresariales de autorregulación que pueden traducirse en mejores condiciones para los usuarios<sup>211</sup>, quienes buscan satisfacer necesidades específicas como beneficiarios de los SPD.

En este sentido «se debe superar una mentalidad comprensible y propia de un esquema anterior de la prestación de los SPD, consistente en la consideración de que la “administrativización” del procedimiento de reclamación de los usuarios frente a las empresas constituye en sí misma una garantía para los usuarios»<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> Quizás la única o cuando menos la más evidente está contenida en el artículo 9.

<sup>209</sup> Capítulo VII del título VIII ley 142 de 1994.

<sup>210</sup> Capítulo VII del título VIII de la ley 142 de 1994.

<sup>211</sup> Art. 152 ley 142 de 1994.

<sup>212</sup> MONTAÑA PLATA, ALBERTO. Sintomatología en diez puntos del régimen jurídico de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios. CONTEXTO. Revista de Derecho y Economía. No. 19. Septiembre de 2004. Edición Especial. Universidad Externado de Colombia. pp. 55 y 56.

Los anteriores planteamientos sirven para señalar que no obstante existir desarrollos legales, jurisprudenciales y doctrinarios acerca de la naturaleza del usuario, «nos encontramos frente a un régimen incapaz de atender el centro de la relación prestador – usuario que es el contrato, e incapaz de prevenir eventuales consideraciones abusivas en este; nos encontramos en un régimen que por centrar su preocupación en los instrumentos procedimentales y procesales de los usuarios para reclamar, no solo desatiende la capacidad empresarial de producir fórmulas para proteger a sus clientes, sino que no crea incentivos para que esto sea posible»<sup>213</sup>.

La anterior deficiencia se precisa aún más si se tiene en cuenta que son las mismas normas las que de manera indiscriminada hacen mención de consumidor o usuario, cuando estos conceptos obedecen a condiciones diferentes, y por ello la sola consagración de mecanismos de defensa no son suficientes para alcanzar las finalidades que se buscan con relación a la prestación de los SPD.

Lo descrito en las líneas anteriores deja ver el panorama en el que se desenvuelve el usuario<sup>214</sup> en el derecho colombiano. Se vislumbra de lo anotado que es escaso su régimen legal en materia de SPD, por ello sigue quedando la tarea al legislador de revisar la adecuación normativa, y a los organismos de control y vigilancia velar porque los mecanismos creados para el disfrute de los servicios de que se sirve sean realmente efectivos, máxime en el contexto de la materialización de los preceptos constitucionales pregonados dentro del Estado Social de Derecho.

---

<sup>213</sup> MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *Ob Cit.*, p 57.

<sup>214</sup> SANTOFIMIO, GAMBOA JAIME ORLANDO. *El concepto de usuario en el régimen de los servicios públicos domiciliarios*. En especial en los de energía eléctrica. Concepto solicitado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en julio de 1999. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2000. Pp. 9-24.

En este entorno vale la pena recabar acerca de la posición del usuario en relación con la prestación de los SPD que se constituyen en servicios de interés general y que tienen relación directa con el desarrollo de la persona. Es por ello que con base en las diferentes normas, regulaciones y directrices inclusive internacionales se busca satisfacer el interés develado por ellos, consistente en la obtención de servicios de calidad y a precios asequibles, solo para citar algunos ejemplos del interés evidenciado en mayor medida.

Pero la calidad de usuario además de los derechos conlleva el cumplimiento de los deberes que como tal les corresponde. «Por lo que concierne a las obligaciones de los usuarios, destacan la observancia de las normas que regulan el servicio, cuyo cumplimiento permite a la Administración, habilitada de potestades de supremacía especial en relación con aquéllos, adoptar las medidas sancionadoras que sean pertinentes para evitar la infracción o reparar el daño. [...] es su obligación el abono de la tasa o tarifa correspondiente»<sup>215</sup>.

### **C.3 NATURALEZA DE LA RELACIÓN PRESTADOR – USUARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

La Corte Constitucional Colombiana<sup>216</sup> señala que en la ley 142 de 1994, las relaciones jurídicas entre usuario-prestador tienen primordialmente una base

---

<sup>215</sup> MUÑOZ, MACHADO SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV. La Actividad Administrativa*. iustel. Primera edición, Madrid. 2011, p, 597.

<sup>216</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 1996. En la ley 142 de 1992 las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, tienen fundamentalmente una base contractual. El 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 ellas para ofrecerlas a un número de usuarios no determinados", se rige por las disposiciones de dicha ley, por las condiciones especiales que se pactan con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalan las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código del Comercio y del Código Civil. Por lo tanto, dicha relación jurídica no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público, contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establecen el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento,



contractual, ya que se rigen por disposiciones dadas en esta ley, por las condiciones que se pacten con el usuario, por las condiciones uniformes que señalan las empresas de servicios públicos y por normas del Código de Comercio y del Código Civil.

También se advierte que la naturaleza de estas relaciones jurídicas es de carácter mixto, ya que no solo le son aplicables disposiciones contractuales del derecho privado columna vertebral de la autonomía de la voluntad, sino que esta se ve limitada por los imperativos de orden público los cuales deben tenerse en cuenta en el contrato suscrito dada la naturaleza del servicio que se está conviniendo. De ahí que se señale que estos servicios tienen una situación jurídica en parte contractual y en parte reglamentaria según lo establezca el legislador de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 365 y 367 de la Constitución.

Los servicios públicos domiciliarios gozan de una prerrogativa especial, y es que hacen parte de la finalidad social del Estado, «...los servicios públicos domiciliarios responden a las cargas sociales impuestas por el Estado Social de Derecho<sup>217</sup>; es decir, son inherentes a su finalidad porque son los medios

---

porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, y a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante.

<sup>217</sup> Denominación que no solo se predica del Estado Colombiano sino de otros países, tal es el caso de España que por tener elementos identitativos se trae como referencia, en relación con el tema de los servicios públicos y la participación del usuario en los mismos: “La Constitución consagra así el principio de libertad de empresa, obligando a los poderes públicos a garantizar y proteger su ejercicio; y todo ello en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE). Se reconoce igualmente el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33); solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, puede regularse el ejercicio de tales derechos y libertades [...] Por otra parte junto a estos principios y encabezando su articulado la Constitución define a España como un Estado social y democrático de derecho. Las consecuencias de la aceptación de este carácter social del Estado son importantes: a) En primer término conlleva el establecimiento de límites al principio de libertad de empresa (los que deriven de las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación, art. 38 *in fine*). b) Se propugna, en segundo lugar, una delimitación del contenido de derecho de propiedad privada por la función social que obligatoriamente ha de cumplir la propiedad. c) Se declara finalmente sometida toda la riqueza del país al interés general (art. 128 CE). Junto a estas consecuencias, de carácter fundamentalmente negativo, la afirmación del carácter social del Estado conlleva la exigencia

para asegurar el goce de los derechos y las garantías fundamentales de las personas. Es por esta inherencia en la finalidad social del Estado que los servicios públicos domiciliarios son regulados por medio de normas de orden público, por lo cual no solo las disposiciones pactadas en el contrato de condiciones uniformes sujetan la relación usuario/empresa, sino también los mandatos de la Constitución, de la ley y del reglamento, de ahí pues, el carácter mixto de la relación. En complemento de lo anterior, debe decirse que el ordenamiento jurídico estableció una regulación dual, tanto pública como privada, para la relación usuario/empresa, buscando la protección de los usuarios, asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación del servicio y previniendo que la empresa abuse de la posición [...] en la cual se encuentra frente al usuario.»<sup>218</sup>

Igualmente se indica, que se trata de una relación estatutaria y contractual que aparece vertida en el artículo 132 de la ley de SPD. En lo que se refiere a la parte contractual se pone de relieve el carácter especial, del contrato de servicios públicos, de suyo uniforme, consensual, de tracto sucesivo, oneroso y de adhesión<sup>219</sup>. En lo atinente a la parte estatutaria cabe indicar que su

---

de una labor activa de los poderes públicos, en defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos y en la efectiva consecución de los principios rectores de la política social y económica [...]” RIVERO, YSERN JOSÉ LUIS. *Manual de Derecho Local*. Editorial Civitas S.A. Segunda Edición, 1993, pp. 344 – 345. En este contexto se puede evidenciar cómo el ciudadano cobra especial interés en cuanto a la protección de sus derechos y a la necesidad de establecer reglas que les permitan tener una fuente legal de garantía de los mismos. Fuente que surge a partir de la manifestación de voluntad de adquirir la prestación de determinado SPD.

<sup>218</sup> CHAUX, FRANCISCO JOSÉ. *La relación usuario cilindro en el esquema para la prestación del servicio público domiciliario de gas licuado de petróleo*. Universitas 63-90 de 2012. p.74.

<sup>219</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 2001. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se demandó el inciso segundo del artículo 155 de la Ley 142 de 1994. Y en este fallo se determinó: “**4. Carácter de la relación del usuario con la empresa o entidad prestadora del servicio.** Este tema fue examinado por la Corte Constitucional con particular énfasis a través de la sentencia T - 540 de 1992, donde al efecto se afirmó: "La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas encargadas de su prestación no es un tema pacífico en la doctrina. Por un lado, la tesis privatista, anteriormente vinculada a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión de la administración, hoy en auge en razón del movimiento que favorece la privatización de empresas de servicios públicos, postula la aplicación del derecho privado a muchas prestaciones administrativas, en especial las desempeñadas por concesionarios. La tesis de la naturaleza jurídico-pública, de otra parte, sostenida por la doctrina alemana, señala que

prestación involucra derechos constitucionales y su reglamentación legal obedece a intereses públicos determinados.

---

invariablemente la actividad inherente a todos los servicios públicos no es contractual, sino reglamentaria. Se busca enfatizar la prevalencia de la seguridad jurídica sobre las ventajas individuales de la contratación privada en atención a que la prestación de servicios es una actividad dirigida a la realización del interés público. Ninguna posición unilateral, sin embargo, ha logrado responder cabalmente a las características de los diversos servicios públicos. La relación jurídica entre el usuario y las empresas de servicios públicos domiciliarios es, en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley. La variedad de los servicios públicos - esenciales (CP arts. 56, 366), sociales (CP arts. 46, 48, 64), domiciliarios (CP arts. 367 y ss), comerciales o industriales (CP art. 64) y las variadas modalidades de su prestación - directamente por el Estado o a través de comunidades organizadas o particulares - son criterios que sumados a la decisión del legislador permiten determinar el derecho aplicable en cada caso. La clásica exigencia de someter los servicios públicos a las reglas exorbitantes del derecho público con miras a mantener las prerrogativas del Estado ha perdido vigencia frente a su prestación creciente a través de concesionarios y la superación de la antinomia entre rentabilidad, eficacia y cubrimiento del servicio. La situación jurídica del usuario en parte es contractual y en parte reglamentaria, según lo establezca el propio legislador (CP art. 365). Esta regulación es más intensa y abarca mayor número de aspectos de las relaciones entre el Estado y los usuarios cuando el servicio asume un carácter acentuadamente más administrativo y se presta directamente por el Estado. Al contrario, tratándose de servicios públicos prestados por particulares, los aspectos o problemas no previstos en la reglamentación administrativa, salvo si de su naturaleza se deduce lo contrario, deben resolverse aplicando criterios contractualistas, más afines a las actividades desarrolladas por los concesionarios de un servicio público. [...] Como era de esperarse, a la luz de la ecuación empresa - usuario la ley 142 señaló las reglas concernientes a la solución de los conflictos que se puedan presentar, tanto entre los extremos contractuales como entre el usuario y terceros, definiendo al efecto las directrices para la defensa de los usuarios en sede de la empresa y para la liberación del suscriptor (temporal o definitiva) respecto de sus obligaciones contractuales, a tiempo que le definió a las comisiones de regulación la competencia para determinar por vía general los casos en que el suscriptor podrá acceder a dicha liberación obligacional (art. 128, inc. 4º). De capital importancia para la existencia del contrato de condiciones uniformes es el derecho de petición y los principios de publicidad y contradicción, toda vez que al tenor del artículo 152 de la ley de servicios: *"Es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos"*. Propio es decir también que esa publicidad que reclama para sí el contrato de condiciones uniformes trasciende sus cláusulas socialmente en pro de la participación ciudadana que la ley 142 prevé en cabeza de los comités de desarrollo y control social, como que éstos, en nombre de la comunidad que aglutinan y representan, tienen funciones de coparticipación empresarial y de control en aras de la continuidad, la eficiencia y la eficacia de esos servicios que en gran medida suelen dar noticia sobre la calidad de vida de los habitantes de un país.[...]. Con arreglo a todo lo anterior puede decirse que, el carácter esencial que los derechos de petición y contradicción ostentan en el marco del contrato de condiciones uniformes atiende a la protección inmediata de los derechos del usuario, a la cobertura, calidad y costos del servicio que informan los fines sociales del Estado, y por supuesto, a la participación de las personas en las decisiones que las afectan. De lo cual se sigue la necesidad de que las actuaciones y resoluciones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios correspondan tanto a la ley como a la praxis inherente a esa viabilidad empresarial que la Carta reconoce y estimula al amparo de la libre competencia económica con responsabilidad social, ambiental y cultural (art. 333) [...]."

De lo expuesto, es preciso anotar que las posturas señaladas no son absolutas, ni excluyentes, pues en tanto contribuyen a la interpretación, ejecución y desarrollo del contrato deben tomarse de manera general, vinculándolas al cumplimiento del objeto del contrato y por ende a la satisfacción de los derechos y obligaciones que de él se derivan.

Ahora bien, es necesario resaltar que la relación jurídica entre el usuario y las empresas de SPD es mixta, pues se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación que la da el contrato, el cual lleva incorporados los imperativos de orden público que deben ser cumplidos por las partes del mismo<sup>220</sup>. Los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son privados: ésta constituye la regla general; sin embargo, las empresas prestadoras de servicios públicos tienen la potestad de proferir ciertos actos administrativos susceptibles de recursos y acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación.

Así las cosas resulta interesante señalar que no importa la naturaleza pública o privada del sujeto, o las características del servicio para determinar qué régimen jurídico le es aplicable al contrato de servicios públicos domiciliarios, ya que las condiciones de la prestación del servicio están establecidas en el

---

<sup>220</sup> Estos imperativos de orden público deben ser revisados teniendo en cuenta los cambios de los supuestos sobre los que se asienta la existencia individual y colectiva. En este sentido “[...] la propia imagen de la Administración ha variado sustancialmente, presentándose no tanto como una amenaza para la libertad de los ciudadanos, sino, más bien, como el soporte necesario de la propia existencia de éstos. Consecuentemente, la función del Derecho Público ya no se agota en la pura defensa de la libertad y de la propiedad individuales, a la cual estaba inicialmente orientado de forma casi exclusiva, aunque esta función siga siendo imprescindible. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Fernández Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Editorial Civitas S.A. Madrid. Cuarta edición. Reimpresión 1995, p. 72.

ordenamiento jurídico y de allí emanan sus fuentes de aplicación, en cuanto al derecho se trata.

De acuerdo a lo anterior, en cuanto al contrato de servicios públicos domiciliarios y la relación mixta que se da entre usuario y empresa, y la función reguladora que debe existir frente a la prestación del mismo, «la ley de servicios públicos domiciliarios, establece como requisitos para acceder al servicio: que la persona sea capaz de contratar y que habite o utilice un inmueble de modo permanente, teniendo así derecho a hacerse parte en el contrato y como consecuencia de ello, recibir los correspondientes servicios»<sup>221</sup>; no obstante lo precedente es importante resaltar que con la ley 1480 de 2011, el consentimiento es informado<sup>222</sup> y solemne, es así, que

---

<sup>221</sup> URIBE, TOBÓN EVA MARÍA. *Doctrina jurídica unificada en materia de servicios públicos domiciliarios*. 2009. p. 17.

<sup>222</sup> ARTÍCULO 23. **INFORMACIÓN MÍNIMA Y RESPONSABILIDAD**. Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano.

PARÁGRAFO. Salvo aquellas transacciones y productos que estén sujetos a mediciones o calibraciones obligatorias dispuestas por una norma legal o de regulación técnica metrológica, respecto de la suficiencia o cantidad, se consideran admisibles las mermas en relación con el peso o volumen informado en productos que por su naturaleza puedan sufrir dichas variaciones.

Cuando en los contratos de seguros la compañía aseguradora modifique el valor asegurado contractualmente, de manera unilateral, tendrá que notificar al asegurado y proceder al reajuste de la prima, dentro de los treinta (30) días siguientes.

ARTÍCULO 24. **CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN**. La información mínima comprenderá:

1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información:

1.1. Las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio;

1.2. Cantidad, peso o volumen, en el evento de ser aplicable; Las unidades utilizadas deberán corresponder a las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades o a las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en esta ley;

1.3. La fecha de vencimiento cuando ello fuere pertinente. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en sus etiquetas, envases o empaques, en forma acorde con su tamaño y presentación. El Gobierno reglamentará la materia.

1.4. Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información mínima.

2. Información que debe suministrar el proveedor:

2.1. La relativa a las garantías que asisten al consumidor o usuario;

2.2. El precio, atendiendo las disposiciones contenidas en esta ley.

antes de exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas se debe tener la información correcta para poder determinar la celebración del contrato de consumo, partiendo del soporte que la información, calidad e idoneidad, en la prestación del servicio son los pilares bajo los cuales se desarrolla el derecho de consumo; de ahí la importancia de revisar los controles que respecto del contenido de los contratos han sido establecidos por el Estado Colombiano para el caso específico de los SPD.

Pues bien, el análisis realizado permite determinar que la teoría del servicio público conserva frente al desarrollo de los servicios públicos domiciliarios sus elementos identitativos referidos al interés general y a la consecución de los fines del Estado por medio de su prestación.

En un Estado Social de Derecho en el que no basta con una mera enunciación de derechos y deberes sino que propende por la materialización de los mismos, lograr tal propósito es posible a partir de una prestación eficiente, eficaz e ininterrumpida de los SPD a quienes solicitan de los mismos o actúan como sus beneficiarios, siendo estos los usuarios quienes deben gozar de una connotación especial y diferenciadora de los demás consumidores en razón de la naturaleza del servicio que reciben.

A partir de estos presupuestos es necesario entrar a estudiar lo referente a la caracterización del **contrato** de SPD, como instrumento de la relación prestador – usuario que supone distintos controles de contenido.

---

En el caso de los subnumerales 1.1., 1.2. y 1.3 de este artículo, el proveedor está obligado a verificar la existencia de los mismos al momento de poner en circulación los productos en el mercado.

**PARÁGRAFO.** El productor o el proveedor solo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación.

El contrato se constituye en la herramienta principal para el desenvolvimiento de las partes. Como ya se advirtió, éste no sólo se rige por las disposiciones contenidas en él, sino además por las directrices constitucionales, legales y reglamentarias que lo envuelven, lo cual es preciso estudiar con el fin de revisar cómo se concibe esta clase de contratos, cuál es la intervención del Estado en su seguimiento una vez se planea, suscribe y se ejecuta, temas a abordar a continuación.

## **2. CONTROL AL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN RAZÓN DE LA FUNCIÓN QUE CUMPLE**

Una vez señaladas en el capítulo anterior las características diferenciadoras del concepto de usuario, y analizada su naturaleza; en el presente acápite se estudiará el instrumento esencial de la relación prestador – usuario, tema central que ocupará nuestro estudio haciendo énfasis específicamente al contrato de servicios públicos domiciliarios. Instrumento de materialización de dicha relación.

Es así, que, respecto del contrato de servicios públicos domiciliarios, se revisará su conceptualización y régimen normativo aplicable. Planteamiento que se realiza con la finalidad de estudiar la condición de ser un contrato de adhesión, pero con elementos generales del régimen de contratación.

En segundo lugar nos ocuparemos de analizar la función de intervención del Estado a partir de la estructura que se ha establecido para el control de los SPD. El Estado a través de diferentes organismos vela porque la prestación de los SPD se cumpla dentro de principios de eficiencia, eficacia, calidad y beneficio real para los destinatarios de los mismos (usuarios), como presupuestos de otros, que permiten garantizar el desarrollo de los ciudadanos colombianos en condiciones dignas.

En este sentido aparecen en el escenario jurídico dos organismos estatales encargados de ejercer las tareas de regulación, inspección, control y vigilancia: las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Esta última de creación Constitucional. Cada uno cuenta con funciones diferenciadas pero dirigidas a la gestión de los SPD y



protección de los usuarios, entre sus asuntos más relevantes para el objeto del presente trabajo.

En tercer lugar se avocará el estudio de los controles específicos sobre el contenido de los contratos de SPD. Este tema responde a exigencias tales como la efectividad de la responsabilidad social del Estado en la protección de los usuarios, toda vez que el contrato se constituye en la herramienta de formalización de la relación prestador – usuario.

A continuación se presenta el desarrollo del tema - contrato de servicios públicos domiciliarios - en el contexto del Estado Social de Derecho, bajo los presupuestos de la teoría del servicio público analizada, y, con una mirada hacia la protección de los usuarios.

#### **A. EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA Y RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE**

En este capítulo se presenta el análisis del contrato de SPD, su alcance e implicaciones jurídicas a partir del concepto de contrato en el derecho civil. Es necesario precisar que al darle la connotación de “*contrato*”, este cuenta con elementos que son inherentes a su calificación y que deben ser cumplidos independientemente de la modalidad de que se trate.

Enseguida se abordará el tema de cómo el contrato constituye un elemento definitorio en la relación jurídica entre el prestador y el usuario de los SPD. Por último, se estudiará el contrato de condiciones generales y el contrato de adhesión conceptos diferenciados, pero característicos del contrato de SPD.

Estos conceptos constituyen el presupuesto para el análisis de la estructura de control como consecuencia de la función de intervención del Estado, situación que motiva el desarrollo de estas reflexiones.

## **A.1 IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL CONCEPTO CIVIL DE CONTRATO Y SU INCIDENCIA EN LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE SPD**

En el presente acápite a partir del concepto de contrato en el derecho civil, se analizarán los elementos característicos que concurren en su formación y de estos cuáles sirven de soporte al contrato de SPD. En este sentido se abordará lo relacionado con la teoría general del contrato, se tomarán en consideración algunos conceptos y postulados **necesarios para fundamentar el desarrollo de la tesis**, los cuales superan una asunción de criterio conceptual particular acerca del contrato en el derecho civil.

Aclarado lo anterior, con el fin de desarrollar una visión general del concepto de contrato, y consolidar las herramientas que permitan dar solución al planteamiento realizado, se señala prima facie lo preceptuado en el artículo 1495 del Código Civil: “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

De la interpretación de este artículo se entiende que el contrato<sup>223</sup> es un acto tendiente a generar obligaciones, y aunque el código civil tomado del

---

<sup>223</sup> Sobre el contrato es preciso señalar que constituye “un acto o negocio jurídico que consiste en una declaración de voluntad común de contenido patrimonial destinada a reglar los derechos de las partes [...]” TRIGO, REPRESAS FÉLIX A. STIGLITS, RUBÉN S. *Contratos*. Primera edición. Ediciones La Roca. Buenos Aires. 2001. p. 73 A su vez lo define Georges Ripert y Jean Boulanger así: “Le contrat est une le caractère d'une convention que le caractère propre est d'être productif d'obligations [...] dans notre droit moderne, le contrat est formé par l'aide de deux volontés. Alors se développe un consentement (*cum sentiré*). Mais le mot consentement est également prise dans le sens de la volonté individuelle, il est dit que le contrat est le résultat de l'échange de Consentements Exceptionnellement la loi exige une formalité pour la formation du contrat: le contrat a été dit alors est solennelle. Le

elaborado por Andrés Bello, lo define como sinónimo de convención<sup>224</sup>, equiparando estos dos términos como iguales, existen elementos que los diferencian. La convención supone la posibilidad de crear, modificar o extinguir obligaciones, al contrario del contrato<sup>225</sup> cuya finalidad está destinada a la creación de obligaciones.

---

principe du consensualisme nous semble aujourd'hui s'impose, tant sur le point de vue rationnelle comme au point de vue pratique. [...]Le droit romain, de l'époque classique, considérait qu'il ne pouvait pas y avoir un contrat sans un élément matériel et formaliste que les jurisconsultes donnent comme fontaine (source) d'obligation (Gaius, un instituts, III, 89). Le consentement des entrepreneurs sera analysé sans doute, mais il ne suffit pas ce consentement pour former le contrat. Le contrat peut seulement se former verbal ou par écrit c'est-à-dire par des mots des (voix) solennelles ou par une inscription sur un registre(contrôle) ou par une livraison(remise) (un escompte) de la chose dans le mutuum. Pour le contrat verbal, faut-il observer que les mots des (voix) prononcées ne sont même l'expression du consentement, mais ils(elles) constituent un vrai rituel qui consiste en interrogation orale et une réponse (Spondesne ? Spondeo) en se suivant immédiatement, comme le Code Civil il(elle) continue de le prescrire, dans notre droit moderne, pour la célébration du mariage. Les parties s'occupaient, dans un défaut de témoins, à rédiger par ailleurs un écrit (cautio, instrumentum) pour vérifier que la stipulation avait été effectuée, aussi à la plus longue queue au billard ils(elles) finissaient pour se contenter de l'écrit, non sans un peu de confusion entre sa valeur probatoire et sa valeur créatrice.”. RIPERT GEORGES y JEAN BOULANGER. Traité Élémentaire de Droit Civil de Planiol. Quatrième Édition. Tome Deuxième. Paris. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. R. Pichon et R. Durand – Auzias. 20, Rue Soufflot, 20. 1952, pp. 14 – 15.

<sup>224</sup> Se señalan las siguientes diferencias entre contrato y convención: a) El contrato es un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos *patrimoniales*; convención, en cambio, se refiere a todo acuerdo de voluntades sea o no de carácter patrimonial, como puede ser por ejemplo, el acuerdo sobre el régimen de visita a los hijos, convenido por sus padres divorciados. Es decir, convención sería el género, contrato la especie [...] b) Desde el punto de vista etimológico, contrato deriva de *contraer* (obligaciones); parece apropiado, por consiguiente, circunscribir este concepto a los acuerdos de voluntades cuyo objeto es *crear* o *modificar* obligaciones entre las partes. Convención, en cambio, comprende todo acuerdo destinado a crear, modificar, transferir o *extinguir* derechos y obligaciones. BORDA, GUILLERMO A. *Manual de Contratos*. Undécima edición. Editorial Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1983. pp 7-8

<sup>225</sup> “Jurídicamente considerados, no pueden confundirse el contrato y la convención. La convención es todo acuerdo de voluntades con el objeto de producir un efecto jurídico; en consecuencia, la compraventa, el arrendamiento, la tradición, el pago, son convenciones, porque están formadas por un acuerdo de voluntades con el objeto de producir efectos jurídicos, efectos que pueden consistir en la creación, modificación o extinción de un derecho. ¿cuándo la convención es contrato? sólo en un caso determinado y único: cuando el efecto jurídico que produce el acuerdo de voluntades consiste en la creación de obligaciones. Todo acuerdo de voluntades, cualquiera que sea el efecto que se produzca, es convención. Si ese acuerdo de voluntades produce obligaciones, la convención recibe el nombre de contrato, por lo que podemos definir el contrato como la convención generadora de obligaciones, o como el acuerdo de voluntades creador de obligaciones. Por eso, la tradición no es contrato; por eso el pago no es tampoco contrato; por eso, la novación será contrato o no será contrato, según sea el efecto que ella produzca. Si tiene por objeto crear una nueva obligación, será contrato, y no lo será en el caso que solo modifique o extinga una obligación. Hay entre el contrato y la convención la diferencia que hay del género a la especie: la convención es el género, el contrato es la especie, osea, todo acuerdo de voluntades que produzca obligaciones que para la ley chilena es la primera fuente de obligaciones” ALESSANDRI, RODRÍGUEZ ARTURO. *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*. Julio de 1988.

POTHIER definió que “el contrato es una especie de convención, señalando que la convención o pacto es el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente o para modificarlo. La especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama *contrato*”<sup>226</sup>. Por lo tanto, el contrato lleva consigo la exigencia del concurso de voluntades de dos o más personas, en las que existe, de una parte, una promesa, y de la otra, la aceptación de la misma.

Reitera las posturas anteriores, Ospina Fernández: “los términos convención y contrato son diferentes, tanto que la primera es el género, por cuanto su objeto puede consistir en la creación de relaciones jurídicas (obligaciones, derechos reales, etc.), o en la modificación (prórroga de una obligación), o en la extinción (el pago) de relaciones preexistentes. El contrato es una especie de convención cuyo objeto propio y principal es la creación de obligaciones, o sea de esos vínculos entre personas determinadas, en virtud de los cuales el deudor queda colocado en la necesidad de realizar una prestación a favor del acreedor. Así se puede decir que todo contrato es una convención, pero no que toda convención es un contrato”<sup>227</sup>. Se resalta que el contrato lleva consigo el acuerdo de voluntades que busca producir efectos jurídicos, no obstante la convención no en todos los casos alcanza tal propósito como se advirtió.

---

Editorial Jurídica Ediar- Conosur Ltda. pp. 14-16. Esta cita se presenta en el contexto de la legislación Chilena no obstante es aplicable en nuestra legislación civil por comprenderse el contrato también como una de las primeras fuentes de las obligaciones.

<sup>226</sup> R.J. POTHIER. *Tratado de las obligaciones*. Editorial ATALAYA, Buenos Aires. 1947. Versión directa del *Traité des Obligations* de ROBERT JOSEPH POTHIER, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas. Pp 12-13.

<sup>227</sup> OSPINA, FERNÁNDEZ GUILLERMO. *Régimen General de las Obligaciones*. Cuarta Edición. Editorial Temis, S.A. Bogotá – Colombia, 1987. Págs. 47-48.

De lo anterior se colige que, el contrato<sup>228</sup> es el acto jurídico<sup>229</sup> a través del cual **se crean obligaciones en el mundo jurídico**. La doctrina coincide en que todo contrato es un acuerdo de voluntades, al interior del cual se generan obligaciones con efectos jurídicos.

El objeto de todo contrato está direccionado a generar una obligación<sup>230</sup>, el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer. Por lo anterior se hace necesario que las obligaciones contenidas en los contratos sean posibles física y jurídicamente, lícitas, determinadas, de naturaleza

---

<sup>228</sup> Sobre el concepto de contrato cabe resaltar lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-624 de 1998 – Expediente: D-2054. Mediante este proceso se resolvió la demanda impetrada frente a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 75 de la Ley 222 de 1995, "Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones". "...El contrato es una de las principales herramientas para la circulación social de bienes y servicios, y el ejercicio simultáneo de derechos y obligaciones económicas, debe entenderse que "la libertad de contratación" es un elemento del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa. En efecto, el contrato resulta un instrumento indispensable para el desarrollo de la libertad de empresa ya que sin éste "no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la configuración y funcionamiento de los mercados".

<sup>229</sup> "Acto jurídico es la manifestación unilateral o bilateral de voluntad ejecutada con arreglo a la ley y destinada a producir un efecto jurídico que puede consistir en la creación, conservación, modificación, transmisión, transferencia o extinción de un derecho [...] Lo que constituye en su esencia el acto jurídico es ser un acto voluntario ejecutado con la mira de producir un efecto jurídico [...] Atendiendo al número de voluntades que precisan para generarse se dividen en unilaterales y bilaterales; son actos jurídicos unilaterales aquellos que para su formación necesitan de la voluntad de una sola persona, como el testamento [...]; y son actos jurídicos bilaterales aquellos que para su formación necesitan del concurso de las voluntades de dos o más personas, como los contratos [...] de manera que lo que sirve para calificar un acto de bilateral o de unilateral es el número de voluntades necesarias para su formación. [...] Los actos bilaterales que no nacen sino mediante el concurso de las voluntades de dos o más personas toman el nombre de convenciones; de manera que puede definirse la convención como la manifestación bilateral de voluntad ejecutada con arreglo a la ley y destinada a producir un efecto jurídico, que puede consistir en la creación, conservación, modificación, transferencia o extinción de un derecho [...] Su nombre, que viene de *venire cum* (venir, tratar juntos), indica que solo existe mediante el concurso de dos o más voluntades [...] Si el acuerdo o concurso de voluntades tiene por objeto crear obligaciones, recibe el nombre específico de *contrato*. Podemos definirlo como la convención generadora de obligaciones o bien el acuerdo de las voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones". ALESSANDRI, RODRÍGUEZ ARTURO. *De los Contratos*. Editorial Temis. Editorial Jurídica de Chile. Biblioteca Externado de Colombia. pp 1-5.

<sup>230</sup> "La obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer, o no hacer una cosa con respecto a otra persona también determinada. La obligación es el efecto, el contrato, la causa; del contrato nace este vínculo jurídico que coloca al deudor en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa. De manera, que es en el contrato, que el individuo se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa. Toda relación jurídica, sea o no convención, cualquiera que sea la fuente que la engendre y que consista en un vínculo que coloque al deudor en la necesidad de dar, hacer o no hacer, es una obligación". ALESSANDRI, RODRÍGUEZ ARTURO. *Teoría de las Obligaciones*. Editorial Jurídica Ediar – Conosur Ltda. 1988. p 14.

patrimonial o apreciables en dinero, en cabeza de una o más personas quienes han de tener **capacidad jurídica** para cumplir con lo estipulado en dichos actos jurídicos.

En este sentido debe señalarse que los requisitos para que una persona pueda obligarse por medio de su declaración de la voluntad<sup>231</sup> están consagrados en el artículo 1502 del Código Civil. Estos consisten en que el obligado sea legalmente capaz<sup>232</sup>, goce de consentimiento<sup>233</sup> libre de vicios, que la obligación recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

En efecto, para la formación del contrato además de las exigencias señaladas anteriormente, es necesario fijar el contenido negocial de manera clara, y conforme las expectativas que cada parte desea cumplir, a fin de permitir de manera diáfana la interpretación del mismo. El contrato<sup>234</sup> se

---

<sup>231</sup> “La voluntad privada LIBRE [...] no encontró en el Código de Napoleón más barreras que el orden público y la moral [...]. La libertad, principio filosófico rector del Código Civil, encuentra su manifestación contractual en el denominado por la doctrina postulado de la autonomía de la voluntad”. MUÑOZ Laverde, Sergio. El Derecho Contractual y la Propiedad Privada Frente a los Principios Rectores del Código Civil Colombiano. VNIVERSITAS. Pontificia Universidad Javeriana. Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. No. 73. p. 381.

<sup>232</sup> “La incapacidad debe aplicarse restrictivamente a los casos comprendidos dentro de la letra estricta de la ley, sin que pueda extenderse en su interpretación [...] La fuerza es un vicio relativo, puesto que lo constituye fuerza para uno, bien puede que no lo sea para el otro, y su existencia es cuestión que debe resolverse en cada caso en particular [...] El objeto no es necesario que sea determinado basta que sea determinable, en consecuencia no hay indeterminación en la fianza de una cuenta corriente y los sobregiros, porque estos se pueden determinar [...] Hay objeto ilícito en las estipulaciones que tengan por fin invertir el “onus probandi” [...] La causa no es necesaria expresarla y el ejecutado que alega que su obligación carece de ella debe probarlo [...]. SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia. Editorial Nascimento. Santiago 1939 Chile, pp 131- 150.

<sup>233</sup> “La piedra angular sobre que descansa el contrato es el *consentimiento*, esto es, el *acuerdo de las voluntades de dos o más personas sobre un objeto jurídico*. El contrato consiste esencialmente en un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones; sin él no lo hay. Todo contrato, cualquiera que sea el número de obligaciones que engendre, impóngalas a ambas partes o sólo a una, supone necesariamente ese acuerdo. De ahí que sean partes en el contrato quienes concurren a él con su voluntad: solo a ellos obliga y aprovecha. Los demás quedan ajenos al contrato; son terceros a su respecto: no les afectan las obligaciones que crea ni les aprovechan los derechos que genera”. ALESSANDRI, RODRÍGUEZ ARTURO. *De los Contratos. Op. Cit.*, p. 6.

<sup>234</sup> “La probidad de los ciudadanos debe medirse no solo por sus cualidades en relación con el Estado y poderes públicos, sino también en relación con sus conciudadanos. Así lo vino a reconocer ya en el fondo la Constitución Directorial de 22 de agosto de 1795, surgida de la Revolución Francesa, con

convierte así en un instrumento de intercambio económico<sup>235</sup>, soportado en el modelo establecido a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 (Art. 333).

En relación con las declaraciones incorporadas al contrato, estas hacen parte del ejercicio de la libertad, y por ende de la manifestación de la voluntad de los individuos. En este punto, aparece en la escena contractual el concepto de autonomía privada<sup>236</sup> que comprende: «(...) decidir si se contrata o no; establecer con quién se contrata; escoger la *figura iuris*; obrar personalmente o valiéndose de un intermediario; escoger el medio o la forma de expresión y, por último, determinar libremente el contenido del negocio, o mejor, ejercer la libertad de configuración interna del contrato<sup>237</sup>». Al ser el contrato ley para las partes (Art. 1602 Cód. Civ.), debe quedar establecido de tal manera que

---

estas palabras: Nadie es un buen ciudadano si no es un buen hijo, un buen padre, un buen hermano, un buen amigo y un buen cónyuge. Se puede añadir: y un buen contratante”. SANTOS, Briz Jaime. Los Contratos Civiles. Nuevas perspectivas. Granada (España) 1992. Editorial Comares. p. 3.

<sup>235</sup> “Son principios que caracterizan este sistema de economía los siguientes: a) Rige la libertad de competencia, es decir espontaneidad en el curso de la economía. b) No es una ordenación neutral frente al Estado; éste se reserva la intervención en el curso de la economía dentro de unos límites previamente fijados en leyes. c) Por ser economía social de mercado, parte del principio de Estado Social. Por tanto, el Estado señala de antemano límites directos a la libertad del particular en interés de una compensación social, así como también establece la medida de su propia intervención en el curso de la economía, lo cual no solo es un derecho del Estado, sino un deber. d) Al ser economía de mercado, se basa en la competencia; que el Estado garantiza como principio ordenador imponiéndola a las empresas, que no pueden restringirla, ni eliminarla. De ahí que los precios puedan ser regulados y estabilizados en interés de los consumidores”. *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>236</sup> “El principio de la autonomía privada [...] es una consecuencia de la libertad de cada individuo, y puede definirse como un principio de derecho privado, que permite a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos con ciertas limitaciones [...] Las manifestaciones fundamentales del principio son básicamente las siguientes: 1. Los particulares están autorizados para celebrar toda clase de contratos aunque no tengan reglamentación legal. 2. La libertad tiene aplicación por la vía negativa. Es decir, pueden no contratar a su arbitrio. 3. Las partes pueden libremente, extinguir los contratos que han celebrado. Con todo, el principio no es absoluto; tiene límites impuestos por la ley, el orden público y las buenas costumbres. En efecto, no es concebible en una estructura jurídica el ejercicio de potestades ilimitadas. La recta convivencia humana impone limitantes para un ordenado devenir en sociedad”. MUÑOZ LAVERDE, SERGIO. *El Derecho Contractual y la Propiedad Privada Frente a los Principios Rectores del Código Civil Colombiano*. VNIVERSITAS. Pontificia Universidad Javeriana. Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. No. 73. pp. 381-383.

<sup>237</sup> RENGIFO, GARCÍA ERNESTO. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia, Segunda edición, Abril de 2004, pp. 189-190.

en su celebración se plasme su verdadero querer, y de esta manera evitar inconvenientes en su interpretación y posterior ejecución.<sup>238</sup>

Concebida la autonomía de la voluntad como ese querer y posibilidad de decidir el *íter* contractual en la concepción tradicional del contrato, es preciso anotar que esa facultad no es absoluta. Debe darse en consonancia con los usos sociales y tener en cuenta las normas de imperativo cumplimiento, las cuales cobijan los pactos entre los particulares, y entre estos y los prestadores de determinado servicio.

Respecto a la definición y el contenido del contrato, cada una de las partes, tiene derecho a discutir, sugerir y cambiar el clausulado de acuerdo a su intención real, esto ***desde la concepción tradicional***. Situación que no es equivalente en el contrato de condiciones generales como ocurre para el caso de los SPD, puesto que con el propósito de no generar diferencias entre quienes desean obtener el mismo servicio, se da la facultad a los prestadores de ofrecer contratos en masa con condiciones preestablecidas.

Así la autonomía de la voluntad<sup>239</sup> continúa teniendo un papel relevante en la celebración del contrato, no obstante con otro matiz dada la evolución del Estado que requiere de procesos expeditos en el momento de dar respuesta a requerimientos elevados por los usuarios. En relación con el contrato de SPD, cuyo objeto constituye la prestación de servicios esenciales tal como

---

<sup>238</sup> PLATA, SARMIENTO EVA DEL PILAR. *Teoría del contrato vs. contrato de condiciones generales*. Segundo Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual, Organización y Actividad Empresarial. Primera edición Octubre de 2010, pág. 202.

<sup>239</sup> “La evolución del derecho implica en oportunidades que se presenten transformaciones en las instituciones jurídicas”, el Estado moderno tiene nuevas exigencias y el tráfico jurídico de hoy no es el mismo que vivía el país en sus inicios. “Las nuevas tendencias, los adelantos científicos, las modificaciones ideológicas, en fin, el normal devenir de la sociedad, imponen la necesidad de replantear ideas con el propósito de evaluar la conveniencia de mantener las que inspiraron la legislación hace mucho tiempo”. MUÑOZ LAVERDE, SERGIO. *El Derecho Contractual y la Propiedad Privada Frente a los Principios Rectores del Código Civil Colombiano*. VNIVERSITAS. Pontificia Universidad Javeriana. Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. No. 73. pp. 384-389.



se estudió en el capítulo anterior, hace que elementos como este tengan especial atención.

Igualmente el principio de **la buena fe**<sup>240</sup> (Art. 1603 del Cód. Civ.), que es transversal al contrato, deriva "... la necesidad de integrarlo [...] no solo con lo expresamente pactado, sino con todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación, de la ley o de la costumbre<sup>241</sup>".

Respecto de lo pactado se trata de restablecer la confianza en la palabra, de tal manera que lo expresado en el contrato cualquiera que sea la forma que este tenga, se constituye en elemento orientador de las acciones a adelantar por parte de quienes han intervenido en su celebración<sup>242</sup>.

Así las cosas y respecto de los SPD, "la aplicación de las reglas que derivan del principio de la buena fe asume especial relevancia en la regulación relativa a la protección del [usuario]<sup>243</sup>, en términos de obligatoriedad de observancia de deberes de información, de publicidad, de diligencia, de prohibición de establecimiento de cláusulas abusivas, de responsabilidad por

---

<sup>240</sup> "Con la reforma constitucional de 1991, el principio de la buena fe ha sido elevado a precepto constitucional; en cuanto tal, el artículo 83 C.P. dispone que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe", erigiéndose así en eje central del ejercicio de los derechos y de las obligaciones entre particulares y en directiva de la gestión institucional del Estado". NEME, VILLARREAL MARTHA LUCÍA. *El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 11. 2006, p. 80.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> Sentencia C- 575 de 1992 – Demanda D-066. Norma acusada: Ley 49 de 1990, artículo 68, numerales 2º y 3º. "El artículo 83 de la Constitución Política, consagra el principio general de la buena fe, el cual pretende simultáneamente proteger un derecho y trazar una directiva para toda la gestión institucional. El destinatario de lo primero es la persona y el de lo segundo el Estado. El derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el derecho de las personas a que los demás crean en su palabra, lo cual se inscribe en la dignidad humana, al tenor del artículo 1º de la Carta. Ello es esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico".

<sup>243</sup> Ley 1480 de 2011. Art. 3. Derechos y Deberes de los consumidores y usuarios. Estatuto del Consumidor.

la idoneidad y calidad de los bienes y servicios y por la efectividad de las respectivas garantías, entre otros”<sup>244</sup>.

En relación con la puesta en escena de estos dos principios: autonomía de la voluntad y buena fe, es necesario precisar que «hoy en día la Corte Constitucional señala que el contrato no escapa al deber de *solidaridad social*<sup>245</sup>, en miras al logro de una *justicia sustancial*<sup>246</sup>, y hace énfasis, por

---

<sup>244</sup> NEME, VILLARREAL MARTHA LUCÍA. *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>245</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de octubre de 1994 - Expediente: 3972: Mediante este fallo se deciden los recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por una sociedad Ltda. contra una corporación de ahorro y vivienda. “es la moral social predominante en una comunidad que reconoce en la “solidaridad de las personas” una de las directrices medulares de su organización política (art. 1° de la Carta) e inspirada, por lo tanto, en los postulados de la buena fe y respeto por las buenas costumbres, todo ello en aras de hacer efectiva “la prevalencia del interés general” según lo propugna también el mismo texto superior recién citado. Son estas, sin duda, las bases más claras que hoy en día, a la luz de estos postulados constitucionales, le suministran vigoroso sustento a la doctrina en cuestión entendido como queda que la ética colectiva, aquella que la sociedad ampara y procura hacer efectiva con su aprobación o con su rechazo, le dispensa holgada cobertura al ordenamiento positivo el cual, sin las ataduras impuestas por indoblegables guiones conceptuales, recoge las normas de comportamiento individual exigibles para asegurar una convivencia social justa; y es precisamente penetrando con profundidad en esta idea como puede llegarse a percibir, sin que medie objeción valedera alguna, la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagrada en los artículos 871 del C. Co. y 1603 del Cód. Civ., ello hasta el punto de poder afirmarse sin escándalo que en ese terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta”.

<sup>246</sup> Sentencia T-240-93 – Expediente: T-9665. El demandante interpuso acción de tutela contra la ASOCIACION DE DIARIOS COLOMBIANOS (ANDIARIOS), para solicitar la protección de su derecho fundamental al trabajo (CP art. 25), que en su concepto ha sido vulnerado por la suspensión del crédito publicitario a raíz de su incumplimiento en los pagos a los periódicos, pero que tuvo como causa original una orden de ANDIARIOS consistente en suspender el manejo de las cuentas de unos clientes cedidos por otra agencia de publicidad. El actor solicita al juez de tutela que se ordene “el levantamiento del veto y/o la suspensión del crédito y la pauta publicitaria”, así como la consecuente indemnización de perjuicios. En este caso respecto de los principios estudiados la Corte estableció: “los límites de la libertad de contratación, en la medida que ella se encuentra íntimamente conectada con diversos derechos constitucionales, puede no solo vulnerar el valor mismo de la libertad, la personalidad y la dignidad del sujeto que se reflejan decisivamente bajo la óptica del contrato, sino el ámbito de tales derechos si aquellos no se conforman a los fines constitucionalmente permitidos y se socava su contenido esencial. La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía solo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial

ejemplo, en lo relativo a la protección de la parte débil y a la prohibición del abuso de una posición dominante en el mercado<sup>247</sup>, todo de acuerdo con los postulados de la buena fe<sup>248</sup>». Situación que debe tenerse en cuenta a la luz de los contratos de SPD en los que previamente se ha establecido que el usuario es la parte débil y que los prestadores de servicios ostentan una

---

pasa a ser puramente formal. En últimas, no se trata de los consabidos límites externos a la libertad de contratación conocidos de antiguo, sino del nuevo sentido que a la luz de la Constitución ella ha adquirido como instrumento del particular cuyo ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común y consultando el principio de la solidaridad social (C. P. arts. 1° y 333). Si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, todas tienen una función social e implican responsabilidades (C.P. arts 58 y 333) no puede la institución del contrato – trasunto de la idea de la colaboración social en el intercambio y satisfacción de las necesidades humanas – a través de las cuales ellas se expresan ser una ínsula alejada del influjo y proyecciones de los principios de la solidaridad y de utilidad social a los cuales debe subordinarse [...]La intervención legal lejos de anularlas, parte de la premisa básica de la libertad económica y de la consiguiente libertad contractual. Esta libertad reconoce, como punto de partida por lo menos, en cada sujeto un centro de autonomía para celebrar o no celebrar un determinado contrato - lo que implica libre albedrío y autorresponsabilidad - y para definir su contenido, configurándose así el plan regulador y de distribución de riesgos entre las personas a quienes se aplica la regla contractual. En un mercado de libre competencia, conforme al diseño del Constituyente (CP art. 333), la libertad contractual surge como mecanismo virtualmente idóneo para decidir la utilización más ventajosa de los bienes y recursos económicos y garantizar la eficiencia de la estructura productiva y el bienestar general de la sociedad, constitucionalmente tutelado como integrante del bien común (CP art. 333)”.

<sup>247</sup> Sentencia T-375 de 1997 – Expediente: T-130126. Dentro de los antecedentes de la presente acción de tutela se tienen los siguientes: El demandante constituyó una microempresa dedicada a la fabricación de velas. La materia prima - parafina - es adquirida por el microempresario de TERPEL, la cual, para tal efecto, ha entregado al demandante un código de comprador. La parafina es adquirida en bloques por el demandante, los cuales, se facturan con un peso de 29.92 Kilogramos. Varios bloques adquiridos a TERPEL tenían un peso inferior al indicado, razón por la cual el demandante acudió a la Inspección de Precios, Pesas y Medidas de Florencia. En diligencia practicada el 12 de marzo de 1997, dicha dependencia comprobó que los 23 bloques que se encontraban en la bodega del microempresario tenían un peso inferior a los 29.92 kilogramos. Tales hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación. El microempresario (demandante) sostiene que a raíz de tales acciones TERPEL tomó la decisión de suspenderle la venta de parafina, lo cual le ha traído graves perjuicios, toda vez que es el único distribuidor del producto (tanto nacional como Chino) en la región. Hecho que lo motivó a interponer acción de tutela, buscando la protección de sus derechos a la igualdad y al trabajo. Frente a este caso la Corte dispuso: “La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder del mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esta situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art. 333)”.

<sup>248</sup> NEME, VILLARREAL MARTHA LUCÍA. *Op. cit.*, p. 118.

posición de relevancia, en tanto son estos quienes establecen el *íter* contractual, quedando solo la alternativa al usuario de acogerse o no al mismo.

La autonomía contractual y la buena fe no son principios absolutos, entre ellos existen «tensiones [...] al respecto señala la Corte: ... importa poner de relieve que aunque la buena fe es un postulado general que protege a cualquier persona creadora de actos con trascendencia jurídica, no puede sin embargo convertirse en cortapisa para desvirtuar condiciones contractuales que reflejan el interés de las partes adoptadas en forma sincera y honesta, sin confusiones deliberadas u oscuras, motivo por el cual es preciso situarlo en su dimensión exacta que propende por irradiar confianza respecto de las obligaciones que emanan de la declaración de voluntad<sup>249</sup>. La interpretación de esta sentencia no puede hacerse de manera descontextualizada, en ella no se sostiene la prevalencia de la autonomía contractual sobre el principio de la buena fe, sino que se aboga por entender la necesaria interacción entre los citados principios y fundamentalmente por precisar la extensión del principio de la buena fe en relación con la autonomía contractual<sup>250</sup>».

El contenido del contrato será respetado teniendo en cuenta su tenor literal y además los intereses que las partes tienen con la celebración del mismo. «La buena fe no habilita *per se* a desconocer el contenido del contrato, solo lo hace en aquellos eventos en que se presente un abuso del derecho, una falta de lealtad, de honestidad o corrección que genere un desequilibrio

---

<sup>249</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 2002 - Expediente No. 7328. El litigio versa sobre la realización de actos de competencia desleal imputables a la demandada, en los términos de la ley comercial, y, subsecuentemente, la orden de conminación para que se abstenga de repetirlos, bajo multas sucesivas hasta de 50 millones de pesos, y la solicitud de condena al pago de perjuicios, en razón de la imitación completa de la forma del envase, los colores, los tipos de letra y los textos de las etiquetas, la indicación de su utilidad, los dibujos explicativos y las instrucciones de uso del ácido muriático, la cera plástica emulsionada, el varsol, el blanqueador y el ambientador en pasta.

<sup>250</sup> NEME, VILLARREAL MARTHA LUCÍA. *Op. cit.*, p. 119

significativo en el contrato, una lesión injustificada a los intereses de la contraparte, *verbi gratia*. [...] Encontramos ejemplos de tales aplicaciones en el caso de ineficacia de cláusulas abusivas, en los eventos de abuso del derecho en general, en la lesión enorme, en la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, en la aplicación de ciertos casos de la regla que prohíbe el *venire contra factum proprium*<sup>251</sup>».

A partir de estas consideraciones se tiene que para la caracterización del contrato de SPD se toma como referencia el contrato de derecho civil. Sus elementos esenciales para obligarse en forma válida, los cuales corresponden a la capacidad, el consentimiento, la causa y el objeto lícitos, todo ello permeado por el principio de la buena fe y el desenvolvimiento de las partes dentro de la autonomía de la voluntad.

Además de ello es preciso anotar, que el contrato de SPD si bien es cierto en su estructura goza de los elementos señalados, tiene otra connotación especial y es la de ser un contrato de adhesión, a la vez que de condiciones generales, aspectos que serán abordados a continuación.

## **A.2 EL CONTRATO DE CONDICIONES GENERALES Y EL CONTRATO DE ADHESION, CONCEPTOS DIFERENCIADOS CARACTERÍSTICOS DEL CONTRATO DE SPD**

Los elementos generales para obligarse consistentes como se ha definido, en la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa y el objeto lícitos, permeados por la buena fe y la autonomía de la voluntad, deben permanecer en las diferentes modalidades de contratación que se lleven a cabo, teniendo en cuenta que podrán establecerse de manera limitada, pero en ningún caso se excluirán en su totalidad.

---

<sup>251</sup> *Ibíd*em, pp. 120 - 122.

Una situación precisa de lo expuesto se presenta en el contrato de adhesión, que plantea a quien desea contratar un contenido, con la finalidad de que este lo acepte o no, sin que le sea dada la posibilidad de modificar el *íter* contractual. En principio, esta afirmación se establece como regla general, no obstante, habrá situaciones particulares que de una u otra forma impliquen dejar sin efecto una cláusula dada la situación de contrariar los intereses legítimos de las partes en el pacto celebrado.

Bajo estas consideraciones, y tomando como base las reflexiones que se han presentado, se dividirá el estudio del contrato de SPD así: en primer lugar, se revisará lo relacionado con las características del contrato de adhesión; en segundo lugar, las particularidades del contrato de condiciones generales, y finalmente se desarrollará el contenido del contrato de SPD.

Con la aparición de los contratos de adhesión<sup>252</sup> se generaron grandes controversias acerca de los requisitos y cumplimiento de los presupuestos para la formalización del contrato. Cambia la connotación de la posibilidad de concesiones recíprocas respecto del contenido del *íter* contractual.

Las diferencias se gestan desde la revisión de la tradicional figura contractualista en la que el legislador asigna ciertos elementos que

---

<sup>252</sup> “Las siguientes siete características definen un contrato de adhesión modelo: 1. El documento cuya validez jurídica en cuestión es una “forma” impresa que establece condiciones y claramente pretende ser un contrato. 2. El formulario, o forma, ha sido redactado por, o en beneficio de, una de las partes presentes en la transacción. 3. La parte redactora participa en muchas transacciones, como la ejemplificada en la forma en cuestión, y lleva a cabo dichas transacciones de manera rutinaria. 4. La forma es presentada a la parte adherente teniendo en cuenta que, salvo por algunos ítems muy bien identificados (como el precio), la parte oferente llevará a cabo la transacción sólo en los términos determinados en dicho documento. Esta condición puede hacerse explícita o implícita en la situación particular, pero siempre es entendida de esa manera por el adherente. 5. Una vez las partes han discutido sobre aquellos términos del contrato que son negociables, el documento es firmado por el adherente. 6. La parte adherente lleva a cabo pocas transacciones como las ejemplificadas en la forma – pocas, si se compara con la parte oferente. 7. La principal obligación de la parte adherente es la transacción, considerada como un conjunto, es el pago de dinero”. D. RAKOFF, TODD. *Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica*. Revista de Derecho Privado. No. 37. Ediciones Uniandes. Facultad de Derecho Diciembre de 2006. pp, 60-61.

concluyen con la validez del contrato. Frente a este contexto y en relación con la manifestación de voluntad, el contrato de adhesión<sup>253</sup> parte de la existencia de unas cláusulas que pre-redactadas en las que sólo le queda a la parte aceptar si suscribe o no el mismo.

Pero ello no quiere decir que la autonomía de la voluntad esté excluida de los contratos de adhesión<sup>254</sup>. Teniendo en cuenta situaciones actuales como la globalización y la industrialización de la economía generada a partir de la revolución industrial, trajeron consigo la necesidad de implementar una forma de realizar la contratación comercial de manera más ágil, prescindiendo de tratos individuales o personalizados entre los oferentes y sus consumidores.

Situación ésta que acarrea un mayor cuidado por parte de quienes fijan las condiciones bajo las cuales se celebra el contrato para evitar abusos que puedan concluir en la inexistencia o declaratoria de nulidad de tal cláusula<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> “Ni nuestro Código ni el Código francés se ocuparon de los contratos de adhesión, porque éstos surgieron como resultado de las transformaciones económicas y sociales realizadas después de la expedición de uno y otro. En tales Códigos se enfocó la noción de contrato sobre la base de que “dos personas, de idéntica situación jurídica y de igual poder económico, exponen y discuten en un libre debate sus pretensiones opuestas, se hacen concesiones recíprocas y acaban por celebrar un acuerdo cuyos términos han sido pesados y que en realidad constituye la expresión de su común voluntad. Como resultado de esa concepción se estableció en dichos Códigos que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. [...] Constituyen los contratos de adhesión un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los casos jurídicos, a saber: a) Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) Entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor las intenciones del adherente” RIPERT, GEORGE. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Con comentarios basados en la jurisprudencia y leyes de Colombia. Por Hernando Devis Echandía. La Gran Colombia – Bogotá, 1946. pp. 90-91.

<sup>254</sup> Ley 1480 de 2011 art. 5 –definición-: Núm.: 4. Contrato de adhesión: Aquél en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

<sup>255</sup> Respecto de la protección de los adherentes a las condiciones generales de los contratos, se ha señalado por algunos autores que esta se produce estableciendo específicos criterios de interpretación de las mismas: “1. La regla de la prevalencia [...] en el caso de que exista una discrepancia entre el contenido de una condición general y la de una condición particular, habrá de estarse a esta última. El fundamento de esta regla se encuentra en la idea de que las condiciones particulares son las que real y verdaderamente revelan la deliberada y manifiesta intención de las partes y son, por consiguiente, de

Si bien solo le queda al adherente señalar si acepta o no su contenido en su totalidad, con esta manifestación está haciendo ejercicio de su libre albedrío para acogerse o no al contrato que se le pone de presente, el cual hoy en día cumple un papel social<sup>256</sup>.

En el contrato de adhesión la libertad contractual del oferente igualmente se ve limitada. «La voluntad del oferente está tan sujeta y atada como la del adherente. ¿Es libre el oferente de establecer a su antojo las condiciones de su contrato? En manera alguna. Él también soporta la fuerza de las leyes económicas que lo obligan a pactar en ciertas condiciones [...] Está atado a intereses competidores, forma parte de un grupo que le impone su línea de conducta, las condiciones de su contrato, el precio de sus productos o de sus servicios<sup>257</sup>».

En este sentido y atendiendo a las características descritas se presenta el contrato de condiciones generales. «Encuentra esta modalidad su razón de ser, en la necesidad, manifiesta en los contratos relativos a la prestación de

---

aplicación preferente a lo consignado en condiciones generales. 2. La regla de la condición más beneficiosa [...] para los contratos en que los adherentes sean consumidores y usuarios [...] en caso de divergencia entre una condición general y otra particular, se aplica la más beneficiosa para el adherente. 3. La regla de la interpretación *contra proferentem* [...] se formula imponiendo la interpretación que resulte más beneficiosa para el adherente. Esta regla no se aplica sólo a las condiciones generales en sentido estricto, sino también a las condiciones particulares que puedan encontrarse insertas en un contrato con condiciones generales”. DÍEZ- PICAZO, Luis; GUILLÓN, Antonio. Instituciones de Derecho Civil. Volumen I. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995. p, 443.

<sup>256</sup> “El contrato ya no es solamente un asunto particular de los intervinientes en él, sino que en nuestra vida económica y social ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes. La sociedad, representada por el Estado u otras entidades soberanas, se atribuye el control de una parte esencial del Derecho contractual. Se manifiesta esta fiscalización principalmente en los llamados contratos de masa a través de leyes que establecen en todo o en parte las condiciones contractuales para negocios jurídicos de importancia social. Un aspecto de “orden público” impone a ciertas empresas suministradoras de bienes vitales el ofrecimiento de sus servicios en condiciones y precios que las autoridades han de aprobar previamente. Así las empresas de seguros, suministradoras de agua, gas, electricidad, compañías telefónicas, etc [...] Todo ello, sin embargo, no anula la libertad contractual, aunque sí la restringe en gran medida”. Tomado de: SANTOS, Briz Jaime. Los Contratos Civiles. Nuevas perspectivas. Granada (España) 1992. Editorial Comares. p, 15.

<sup>257</sup> RIPERT, GEORGE. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Con comentarios basados en la jurisprudencia y leyes de Colombia. Por Hernando Devis Echandía. La Gran Colombia – Bogotá, 1946. p. 87



ciertos bienes o servicios, caracterizados en este sentido por la identidad del objeto (los llamados contratos de serie), de una disciplina uniforme y constante para cada contrato en singular [...] Se definen como condiciones generales del contrato (predisposición de cláusulas uniformes) aquellas cláusulas que se predisponen de una vez por todas para regular los problemas principales que se pueden presentar en relación con la disciplina contractual de determinados conflictos y que constituyen así, un reglamento agregado al contenido esencial del contrato, destinado a tener aplicación en todo caso específico, independientemente del reenvío que a él puedan hacer las partes<sup>258</sup>».

Cabe señalar que cuando se hace referencia a los contratos de condiciones generales, se entiende como aquellos que contienen cláusulas predisuestas, consignadas por una sola de las partes y redactadas con la finalidad de ***incorporarse a varios contratos que se ofrecen a un número indeterminado de destinatarios***.

Para la contratación de los SPD y de aquellos servicios que se prestan en masa: seguros, telefonía móvil y televisión por cable, entre otros, es importante el establecimiento de condiciones generales las que “(...) son el resultado de la contratación masiva, de la necesidad de ahorrar costos y tiempo, del imperativo de dar igual tratamiento a todos los adherentes de esquemas negociales previamente determinados, de la necesidad económica y jurídica de aplicarlas uniformemente a una pluralidad de contratos y, en fin, de la urgencia de simplificar el iter formativo del contrato<sup>259</sup>”.

---

<sup>258</sup> SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Teoría General del Contrato*. Traducción: Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Primera edición 1983. Reimpresión 1991. pp. 201-202

<sup>259</sup> PLATA, SARMIENTO EVA DEL PILAR. *Teoría del contrato vs. contrato de condiciones generales*. Segundo Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual, Organización y Actividad Empresarial. Primera edición Octubre de 2010, p. 204.

No obstante el trato de dos categorías, la de contratos de adhesión y de condiciones generales es necesario señalar que esta clasificación no es un mero capricho, puesto que existen diferencias entre estas dos denominaciones, «no es lo mismo condiciones generales<sup>260</sup> y contrato de adhesión. Las primeras tienen protagonismo en un momento anterior a la celebración del contrato, se manifiestan cuando la empresa predisponente prediseña el conjunto de cláusulas que pretende insertar en los negocios a realizar. El contrato de adhesión, [...] nace tras la aceptación de las condiciones generales (más las particulares, si las hubiera). Son dos aspectos del mismo fenómeno complejo. Y ello nos lleva a decir que la mejor manera de entender la dinámica de los dos conceptos se logra fundiéndolos en una fórmula: *contrato de adhesión a condiciones generales*»<sup>261</sup>.

Así las cosas, los contratos de adhesión tienen como característica fundamental, la imposibilidad de discusión o modificación de las cláusulas o condiciones generales que lo integran por cuanto obedecen a un tipo o formato que elabora individualmente quien ofrece los bienes o servicios de manera masiva.

En relación con las condiciones generales del contrato, estas, hacen referencia a aquellas disposiciones establecidas con anterioridad al contrato de adhesión, forman parte de este, y van dirigidas a un grupo indeterminado de personas; se les da también la denominación de contratación en masa. “Cuando se menciona la contratación masiva se hace remembranza, de inmediato de la figura de la contratación a través de condiciones generales o

---

<sup>260</sup> Las condiciones generales son cláusulas que van a formar parte de contenido del contrato y se caracterizan por la concurrencia de las siguientes circunstancias: a. Predisposición por una de las partes; b. Ausencia de negociación individual, c. Estar destinadas a una pluralidad de contratos. RENGIFO, GARCÍA ERNESTO. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia, Segunda edición, Abril de 2004, p. 194.

<sup>261</sup> LAGUADO, GIRALDO CARLOS ANDRÉS. *Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro*. Colombia, 2003, p. 7.

uniformes, si bien se podría considerar que este fenómeno es igual al del contrato de adhesión, existe diferencias entre los dos, pues mientras en este último se hace énfasis en la imposibilidad de discutir las condiciones, en aquél se hace referencia no solo a la imposibilidad de discutir las condiciones sino también al hecho de que el contrato ha sido elaborado con estipulaciones que son aplicables a un número plural de personas»<sup>262</sup>.

Las condiciones generales cuentan con una razón de ser específica, «es decir, tienen sustento en dos funciones que han de cumplir al interior de la contratación: una función originaria y otra espuria. La función originaria - primordial- de las condiciones generales consiste en propiciar una contratación en serie, para hacer que el proceso de contratación sea más simple, con el mínimo de costos posibles para las empresas, la utilización de clausulados uniformes permite a quien lo utiliza una planificación eficiente de sus recursos, técnicas productivas, comerciales, etc., ya que puede establecer por anticipado los términos en que va a contratar, a qué se va a comprometer, qué responsabilidades y obligaciones asume y de cuáles se ve liberado»<sup>263</sup>. Además de ello, las condiciones permiten la evolución del mercado, «las condiciones generales de los contratos cumplen la misma función que el derecho dispositivo: reducir al mínimo posible los costes de transacción, puesto que simplifican la contratación, reduciendo el tiempo y los medios a emplear en cada contrato, lo que a su vez tendrá un efecto beneficioso en el precio a pagar por el consumidor; tienen en consecuencia, la función racionalizadora, positiva, apuntada en primer lugar»<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> MANTILLA, ESPINOSA FABRICIO Y TERNERA, BARRIOS FRANCISCO. *Los contratos en el derecho privado*. Universidad del Rosario. 2009, p. 297.

<sup>263</sup> BALLESTEROS, GARRIDO JOSÉ ANTONIO. *Las condiciones generales de los contratos el principio de autonomía de la voluntad*. 1999, José María Bosch EDITOR, Barcelona. Pág. 30.

<sup>264</sup> *Ibidem*. p. 32.

En relación con «la segunda función que cumplen las condiciones generales denominada espuria, permite al predisponente “mejorar su posición contractual con respecto a la normal distribución de cargas y derechos previstos legalmente, desplazando riesgos y obligaciones hacia sus clientes o arrojándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartida alguna para los adherentes»<sup>265</sup>.

Por la influencia de la contratación en masa se ha identificado a estos contratos de adhesión a condiciones generales como parte determinante de la sociedad de consumo en la cual la actividad de empresa se caracteriza por la producción de bienes y servicios en serie, dándose que cada día crece más el número de consumidores que generan el «tráfico en masa [...] la circulación de este tipo de bienes y servicios producidos en serie, no encaja en las estructuras tradicionales de negociación. Por lo pronto, la etapa de formación donde las partes tenían oportunidad de discutir las condiciones de acuerdo, queda superada. La contratación en masa requiere otro ritmo que sólo permite la elaboración de contratos en serie, severamente rígidos e inmodificables en su formulación.»<sup>266</sup>

De esto se genera que los contratos de adhesión a condiciones generales lleven consigo una nueva forma de asumir la libertad contractual y el quehacer propio de cada una de las partes intervinientes en el mismo, puesto que generalmente existe desigualdad entre las cargas asumidas. «La desigualdad<sup>267</sup> entre las partes radica en el hecho de que una de ellas tuvo el

---

<sup>265</sup> *Ibidem*. p. 36.

<sup>266</sup> ARRUBLA, PAUCAR JAIME ALBERTO y otros. *Regulación Financiera y Bursátil y Derechos del Consumidor*. 1º edición, Biblioteca Jurídica DIKE, 2007, Colombia. Pág. 165.

<sup>267</sup> “La consideración de un desequilibrio en la situación de hecho de las partes en el momento de contratar es totalmente irrelevante para los Códigos tradicionales, diseñados a partir del supuesto de la igualdad y libertad de los ciudadanos contratantes; y de ahí que el contraste entre las diversas aspiraciones políticas implícitas en esos principios normativos – en especial en el de igualdad – y la realidad de la contratación, llevara a algunos a poner en duda o a negar categóricamente la existencia del consentimiento propiamente dicho de quien adhiere a cláusulas predispuestas y sustraídas de toda

privilegio de fijar los términos en que la propuesta debió ser aceptada por la otra»<sup>268</sup>.

En Colombia la ley 142 de 1994 incorporó el tema de las condiciones generales, «específicamente aplicable a las llamadas condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos domiciliarios, cuya prestación está abierta a la libre iniciativa privada, sujeta a una regulación, control y vigilancia del Estado<sup>269</sup> acorde con la relación directa entre ellos y la función social de éste; y que desde un punto de vista constitucional se enmarca dentro de los límites propios de la garantía de la libre iniciativa económica, base a su vez de la libertad contractual de los particulares».<sup>270</sup>

Esta modalidad de contratación en el caso de los SPD permite que se estructuren las mismas condiciones contractuales a igual servicio

---

posible discusión. Este tipo de razonamientos, y hasta de simples reacciones emotivas en pro de la “parte débil”, principalmente se dieron a propósito de los llamados contratos de adhesión; en cuanto a las condiciones generales se expusieron también puntos de vista orientados a sostener el carácter “reglamentario” u objetivo de su eficacia normativa, por oposición a su naturaleza simplemente contractual”. PINZÓN, SÁNCHEZ JORGE. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. Volumen IX. Diciembre de 1995, pp. 78-79.

<sup>268</sup> CARLOS A. GHERSI, ANDRÉS – GIMENEZ. *Cláusulas Abusivas, Nulidad e Ineficacia*. – la placette – soto – weingarten, Editorial Juris , Octubre de 2001, ARGENTINA, Pág. 103

<sup>269</sup> “La aprobación administrativa, exigible en muchos casos, no santifica las cláusulas predispuestas por el empresario, otorgándoles vigencia incondicional [...] esa aprobación no le impide, justamente hacer ineficaces cláusulas contrarias al contratante débil e interpretarlas con espíritu de justicia”. DÍEZ- PICAZO, LUIS; GUILLÓN, ANTONIO. *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen I. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995. p. 440.

<sup>270</sup> En el art. 2º de la ley 142 de 1994, se indicaron entre las finalidades de la intervención del Estado en los servicios públicos, entre otras, la de “2.6 Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante”; en su artículo 10º, se señaló: “libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley”; y en su artículo 11º se dispuso: “Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones – entre otras que no se transcriben aquí -: 11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad puede tener frente al usuario o a terceros. 11.2 abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia”. Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. No. 17. ISSN 0121-0696. Volumen IX. Diciembre de 1995. Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas. Por: PINZÓN, SÁNCHEZ JORGE. *Op. cit.* pp. 72-124.

independientemente del usuario de que se trate. Todo ello aunado a que «el tráfico mercantil y contractual evidencian que la contratación estructurada bajo la ausencia de un acuerdo negociado de voluntades ha cobrado protagonismo en este mundo moderno»<sup>271</sup>. «Hoy en día [...] la discutibilidad de los efectos y los alcances de un contrato o de una o varias cláusulas se definen exclusivamente por una de las partes contratantes, el *operatori dominante*»<sup>272</sup>.

Así las cosas puede afirmarse que, el contrato standard – masivo o de condiciones generales resulta siempre celebrado por adhesión al contenido previamente dispuesto, pero no todo contrato por adhesión ha de ser masivo.

Respecto del tema planteado, la jurisprudencia nacional ha tratado de explicar su existencia y desarrollo a partir de algunos contratos como los de seguros, de vivienda, etc, en el contexto de afianzamiento de la existencia de un verdadero contrato<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> “A estos efectos cobra especial importancia la explicación [...] según la cual, el fenómeno de la masificación de los contratos puede responder a factores como (1) los costos de transacción que implican la celebración (mediante el consentimiento) de los contratos, (2) la ineficiencia de las negociaciones contractuales discutidas frente a las impuestas, (3) el contrato como instrumento de securitización del cumplimiento de las prestaciones, (4) el contrato como instrumento de información, pues determina previamente condiciones, riesgos y contingencias, que de tener que ser estudiadas por las partes, incrementaría sustancialmente el costo del contrato en sí y demoraría la celebración. SOTO, CARLOS ALBERTO, *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto. Contratación contemporánea*, dirigido por ALTERINI, MOZOS y SOTO, Editoriales Palestra y Temis, t. I, Bogotá, 2000, pp. 393 y ss.

<sup>272</sup> LAGUADO, GIRALDO CARLOS ANDRÉS. *Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de la Buena Fe en el Contrato de Seguro*. VNIVERSITAS. Universidad Javeriana. P. 233. Fecha de recepción 08 de mayo de 2003.

<sup>273</sup> Sentencia T-158 de 2010 – Expedientes: T-2458210 y T-2460872. Mediante los cuales se estudia los casos en que las entidades de medicina prepagada se abstienen de prestar el servicio alegando preexistencias sin haber cumplido los procedimientos establecidos para su determinación e inclusive modificando las condiciones del contrato inicialmente pactado. «La jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en afirmar que el contrato de servicios que suscribe la entidad de medicina prepagada y una persona interesada en obtener beneficios directos o el de terceros, o de ambos, debe ser aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud; que su celebración al desarrollarse en la forma de acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos, se nutre del principio de la buena fe desde su inicio y especialmente durante su ejecución, toda vez que entre los contratantes debe reinar una *confianza mutua*; y, que el contrato de servicio de medicina prepagada reúne las características de ser bilateral, oneroso, aleatorio, principal, consensual y de ejecución sucesiva en los términos del

Luego de precisar las referencias teóricas del contrato de adhesión y de condiciones generales, se establece como punto de partida para el estudio del contrato de SPD, que esta clase de contratos goza de unas características especiales, consistentes precisamente en la ausencia de

---

Código Civil y surge al mundo jurídico como un contrato de adhesión, “según el cual las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adherencia o su rechazo absoluto”. Significa lo anterior que en los contratos de adhesión una de las partes impone su ley a la otra, con lo cual una parte se convierte en el sujeto débil de la relación negocial».

Sentencia Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil - Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01. En este caso, el demandante pidió declarar la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad demandada por incumplimiento a los contratos de afiliación o vinculación de los vehículos o, en subsidio, su resolución, y en uno u otro caso, condenarla a pagar la indemnización de los daños causados en la cuantía respectiva debidamente indexada más intereses. Respecto del contrato de adhesión en el fallo se sostuvo: «en coherencia, el postulado axiomático inherente a la relatividad de los derechos, libertades y garantías (XLVI, 60; XV, 8), el orden, regularidad, solidaridad social, seguridad, buena fe, dignidad, respeto y simetría de trato, descarta la autonomía privada como poder libérrimo, *ad libitum*, absoluto, en blanco o ilimitado, y su ejercicio *ab initio* sometido a elementales cauces u orientaciones propias a su reconocimiento, utilidad o función, es limitado, en veces atenuado o ausente, ya por *ius cogens*, orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres (artículos 15 y 16, Código Civil), bien en atención a la naturaleza y tutela de ciertos sujetos o intereses, ora por la ineludible solidaridad, sea porque en ocasiones el Estado o los particulares imponen el acto (p.ej., contrato forzado, impuesto *ex lege* o *ex auctoritate*, p. ej., servicios públicos, seguro ecológico, SOAT, afiliación al sistema general de salud, riesgos y pensiones, “*ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia*” como el remate -artículos 741, 1908 Cód. Civ.; 523 y ss. C. de P. C- arrendamiento de inmuebles destinados a establecimiento de comercio, en los casos legales -artículo 521 C. Co.), el sujeto (*ad exemplum*, parte cualificada en el comercio de divisas, armas, municiones, químicos, preferencia del arrendatario en igualdad de circunstancias a cualquier otra persona en el arrendamiento de locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación -artículo 521 C. Co.-, en la enajenación o suscripción de acciones -arts. 388 y 403 C. Co.-, y cuotas sociales- artículos 363 a 365 C. Co.-), el tipo contractual (cuya función *legis* práctica o económica social es inalterable), la forma (solemne *ad substantiam actus*), el procedimiento formativo (licitación pública o privada, concurso de méritos, remate), el contenido (*verbi gratia*, impuesto *essentialia negotia*, mínimo inmodificable o predispuesto por ley, decreto, acto administrativo, orden público nacional o internacional, social, económico o político, buenas costumbres, intervención, “*dirigismo*”, “*orientación*”, “*economía controlada*”, “*vinculista*”, “*programática*”, “*planificada*”, “*regulada*”, “*coordinada*”, “*racionalizada*”, con sentido tutelar o director de la relación jurídica, por factores sociales [“*Estado Providencia*”], económicos [política deflacionista, derecho de empresa y la competencia] o de interés general [leyes de intervención económica, “*administrativas*”, “*de policía y seguridad*”, o de prevención, evitación y control de monopolios u oligopolios, concentraciones, poder dominante abusivo], donde el contenido se especifica *per relationem* o, en tratándose de condiciones generales de contratación, recetarios, formularios o moldes contractuales, contratación en serie, en masa, estándar, contrato de o por adhesión, tipo, global, patrón, normativo, términos de referencia o reenvío, etc.), la pervivencia o terminación, responsabilidad de las partes o los efectos (cas. civ. sentencias de 20 de abril de 1940, XLIX, 247; 23 de marzo de 1941, I, 824; SNG, 23 de agosto de 1945, LIX, 1097; 4 de abril de 1968, CXXIV, 167; 13 de octubre de 1987, XIII, 110; 24 de febrero de 1974, CXLVIII y 8 mayo de 1974, CXLVIII 51,101; 29 de agosto de 1980, CLXVI, 123; 27 de marzo de 1996, CCXI, p. 491; 26 de noviembre de 1997, CCXLIX, num. 2488, vol. II, p. 1531; 6 de agosto de 2010, exp. 05001-3103-017-2002-00189-01)».

negociación del clausulado predispuesto para ser aceptado por los usuarios de los servicios; no obstante, se debe tener en cuenta que se siguen conservando las condiciones de buena fe y autonomía privada atendiendo a las particularidades precisas de esta clase de negociación, además de los elementos esenciales que no deben ser desconocidos; a partir de ahí pasamos al análisis concreto del contrato de SPD.

### **A.3 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Retomando el tema específico de los servicios públicos domiciliarios, y enmarcándolo en el contexto del contrato de adhesión a condiciones generales, se tiene que su fundamento está contenido en el artículo 128 de la ley 142 de 1994<sup>274</sup>, que establece que el contrato de servicios públicos domiciliarios es un contrato **uniforme** y **consensual**, además de ser de **condiciones generales**. La empresa prestadora del servicio lo tiene pre-redactado<sup>275</sup>, para que sea aceptado o no por la partes del mismo<sup>276</sup> quienes expresan su consentimiento<sup>277</sup>, a través de la suscripción de dicho contrato.

---

<sup>274</sup> **Artículo 128.** 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[...] Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma en que lo determinen las comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores.

<sup>275</sup> Art. 129 de la ley 142 de 1994

<sup>276</sup> Partes del contrato. Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, y los usuarios. Adicionado por el art. 18 de la Ley 689 de 2001. El propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos

<sup>277</sup> Sentencia C-1162 de 2000. Referencia: expediente D-2863. “Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 69, 128 y 129 de la Ley 142 de 1994, toda vez que para el actor las normas



Se entiende entonces como un acuerdo de voluntades entre un prestador de un servicio público<sup>278</sup> y el usuario, mediante el cual se pacta que a cambio de

---

referidas al definir el contrato de servicios públicos y sentar las reglas sobre su celebración, contrarían los principios de justicia y equidad (artículo 13 C.P.), en tanto permiten que las empresas prestadora de servicios fijen de manera unilateral las condiciones contractuales. Además alega que la intervención de las comisiones de regulación no puede reemplazar la voluntad ni los intereses de los usuarios. [...] Considera esta Corporación que los referidos contratos por adhesión, aunque deben ser objeto de la intervención estatal para introducir en ellos el equilibrio toda vez que se celebran entre una parte fuerte y una débil (ver, por ejemplo, las sentencias C-955 y C-1140 de 2000, proferidas por esta Corte en lo relativo a vivienda), así como los establecidos para la prestación de los servicios públicos, no violan, **per se**, el principio de igualdad. En este tipo de convenios una de las partes no está en condiciones de discutir las cláusulas contractuales, ya por la posición dominante en que se encuentra la otra, o porque, como ocurre con los servicios públicos domiciliarios, los convenios particularizados con cada uno de los usuarios podrían comprometer gravemente la eficiencia y continuidad de la prestación y, por ende, el interés general. Admitir como regla general la posibilidad de que las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios deban siempre debatir individualmente las reglas convencionales, sí promovería la violación de la igualdad (artículo 13 C.P), pues ya no serían los principios de solidaridad, universalidad, ni los objetivos del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, las pautas que habrían de tenerse en cuenta en la celebración del respectivo contrato, sino que ellas vendrían a ser reemplazadas por el ánimo de lucro y el interés individual, y quedarían como últimas o menos importantes consideraciones la finalidad social de los servicios públicos (artículos 1, 2 y 365 C.P.), la solidaridad (artículos 1, 95 y 367 **ibídem**) y la igualdad real y efectiva (Preámbulo y artículos 13 y 367), las que, por el contrario, deben prevalecer con miras al bien común y a realizar los postulados del Estado Social de Derecho. Cabe aclarar que este tipo de contratos por adhesión, también llamados "de cláusulas uniformes", no excluye, según lo determina la propia ley, el carácter consensual de los mismos, pues sí existe voluntad del usuario, sólo que ésta se pliega a las estipulaciones previamente definidas en el contrato por la empresa prestadora. También vale la pena aclarar que el contrato de prestación de servicios públicos no queda plenamente librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que, aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, a través de la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función. Además, según lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y, como anteriormente se indicó, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. De igual forma, la Carta señaló en el artículo 367 que el legislador debía fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y dispuso que el régimen tarifario tuviera en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. En los términos de esta providencia, que están inescindiblemente unidos a la parte resolutive de la misma y en consecuencia son obligatorios, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 128 y del primer aparte del inciso primero del artículo 129 de la Ley 142 de 1994. [...]"

<sup>278</sup> Entendida esta expresión en el contexto de las personas que prestan servicios públicos de que trata el art. 15 de la ley 142 de 1994:15.1. Las empresas de servicios públicos. 15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. Ver el art. 125, Ley 1450 de 2011. 15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley. 15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. Reglamentada por el Decreto Nacional 421 de 2000. 15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante

la prestación de dicho servicio, el usuario se obliga a pagar mensualmente una tarifa y se adhiere a las condiciones uniformes previstas por dicho prestador.

En relación con la manifestación de la autonomía de la voluntad, principio contractual por excelencia, ha habido pronunciamientos en torno a su existencia confirmando que efectivamente ésta se presenta en la celebración del denominado contrato de servicios públicos domiciliarios<sup>279</sup>, que goza de unas características especiales, sin que sean las únicas: es uniforme, consensual, de adhesión, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, típico y principal<sup>280</sup>.

---

los períodos de transición previstos en esta Ley. 15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del Artículo 17. Ver art. 1 Decreto Nacional 1713 de 2002. Ver Resolución CREG 135 de 2012

<sup>279</sup> Sentencia T- 328 de 2009 – Expediente: T-2.148.794 En el presente caso, “el accionante manifiesta que EMCALI EICE E.S.P. vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, porque considera que dentro de la actuación administrativa que provocó el cobro de una suma de dinero por energía y una sanción pecuniaria por infracción a lo dispuesto en el contrato de condiciones uniformes, se cometieron irregularidades procesales insalvables que en otros casos se han resuelto por vía de tutela en favor de los usuarios... la Corte estipuló que ... la libertad contractual y la autonomía de la voluntad en materia de servicios públicos domiciliarios entre empresas y usuarios o suscriptores encuentra su límite en el ordenamiento jurídico vigente que regula la materia, con el ánimo de evitar que las empresas que los prestan lleguen a abusar de su posición dominante en contradicción con los propósitos inherentes a la finalidad Social de Estado, como lo son: la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el goce de sus derechos constitucionales [...]el contrato de condiciones uniformes no nace simplemente del acuerdo de voluntades entre dos particulares que parten de una condición de igualdad y en el que se involucran intereses privados, sino que, por el contrario, en la formación de este acto jurídico participa la autoridad administrativa o el particular autorizado por el Estado que detenta una posición de privilegio frente al usuario porque goza de ciertas prerrogativas y potestades especiales atribuidas por el legislador, con el objetivo de asegurar que los servicios públicos se presten de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

<sup>280</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-075 de 2006 – Expediente: D-5747, mediante la cual se presentó *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 131 de la Ley 812 de 2003* “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario, señaló respecto de las características esenciales reconocidas a los contratos de condiciones uniformes, “además de tratarse de un negocio jurídico consensual, se encuentran su naturaleza uniforme, tracto sucesivo, oneroso, mixto y de adhesión. Es *uniforme* por someterse a unas mismas condiciones jurídicas de aplicación general para muchos usuarios no determinados. Es de *tracto sucesivo* pues las prestaciones que surgen del mismo necesariamente están llamadas a ser ejecutadas durante un período prolongado de tiempo. Es *oneroso* ya que implica que por la prestación del servicio público domiciliario, el usuario debe pagar a la empresa respectiva una suma de dinero. Es de *adhesión*, en el entendido que las cláusulas que regulan el contrato, por lo general, son redactadas previa y unilateralmente por la empresa de servicios públicos, sin ofrecerles a los usuarios la posibilidad de deliberar y discutir sobre el contenido

Atendiendo a las características referidas y a la naturaleza del servicio que se presta a través de esta modalidad de contratación, es necesario precisar que las obligaciones resultantes están ligadas entre sí por un vínculo de reciprocidad.

Es así que, si bien el propietario del inmueble, el suscriptor o el usuario, decide unirse por medio del contrato con un prestador determinado, les caben de manera inmediata obligaciones y derechos correlativos, solo para citar algunos casos: a) la prestación del servicio por parte de la empresa y la obligación del usuario o suscriptor, de pagar la tarifa<sup>281</sup>. “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<sup>282</sup>. b) La medición del consumo por parte de la entidad<sup>283</sup>, por tanto al usuario le corresponde adquirir, reparar o instalar los instrumentos para cumplir a cabalidad dicha tarea cuando la entidad lo requiera, así como debe permitir la lectura de los medidores y su revisión técnica<sup>284</sup>. Se resalta en este punto que de darse el incumplimiento de las obligaciones por cualquiera de las partes, acarrea consecuencias de acuerdo a quien haya faltado a su deber de cumplimiento<sup>285</sup>.

---

de las mismas [...] *su naturaleza es mixta*, pues las disposiciones jurídicas que lo regulan corresponden a una relación reglamentaria y contractual [...]”.

<sup>281</sup> Encuentra fundamento constitucional en lo preceptuado por el Art. 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”. Así mismo hay normas específicas al respecto, de la ley 142 de 1994, Arts. 89 Reglamentado por el Decreto Nacional 565 de 1996, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1404 de 1996; 99, entre otras regulaciones que tratan el tema.

<sup>282</sup> Sentencia C-075/06. (Ya referida)

<sup>283</sup> Artículo 9 ley 142 de 1994

<sup>284</sup> Artículos 144 y 145 ley 142 de 1994

<sup>285</sup> Por ejemplo frente a la falta de medición del consumo, la empresa puede perder el derecho al cobro, y para el usuario las consecuencias frente al no pago de la factura, se dan en razón de la suspensión o corte del servicio. Ley 142 de 1994, arts. 146 y 147.

Al interior del contrato la relación que surge entre el prestador del servicio y el usuario, que puede ser una persona natural o jurídica, además de ser contractual, es una relación jurídica de naturaleza “estatutaria”<sup>286</sup>.

En cuanto al régimen aplicable a estos contratos atendiendo a sus características se establece que, “a pesar de señalarse en primera instancia la introducción del derecho privado para la regulación de estos contratos, también les cabe las normas de orden público”<sup>287</sup>.

Lo anterior en consonancia con su caracterización como **contrato uniforme**, haciendo referencia a que debe brindar iguales condiciones tanto de

---

<sup>286</sup> Sentencia C 636 de 2000 (ya referida), en consonancia con la sentencia C-493/97 - Expediente No. D-1625. Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 130 (parcial) de la ley 142 de 1994, «Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones». Respecto del contrato dispuso: "Debe precisarse, sin embargo, que en materia de servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con lo regulado por el legislador y con el propio contenido de la Constitución Política, algunos de cuyos aspectos más relevantes se han destacado, la naturaleza de la relación jurídica entre la empresa que los presta y el usuario no es solamente contractual sino también estatutaria, "debido a que su prestación involucra derechos constitucionales - salud, educación, seguridad social, etc. - y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado".(..). Cabe destacar que tanto de la noción que del contrato de servicios públicos da la ley, como del régimen constitucional de los mismos, se desprende una característica importante y es el carácter oneroso de esos servicios. Ya la Corte ha hecho 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). En efecto, de conformidad con el artículo 128 de la ley 142 de 1994, la empresa presta los servicios públicos al usuario, "a cambio de un precio" y, de otra parte, la misma Constitución, tratándose de los servicios públicos domiciliarios, alude a un régimen tarifario que ha de tomar en cuenta criterios de costos, solidaridad social y redistribución de ingresos. De igual manera, la Carta Fundamental dispone que atañe a la ley la determinación de las autoridades competentes para fijar las tarifas (art. 367) y autoriza a la Nación, a los Departamentos, a los Distritos, a los municipios y a las entidades descentralizadas para que, en sus respectivos presupuestos, concedan subsidios a las personas de menores ingresos a fin de que puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (art. 368 C.P.) ».

<sup>287</sup> Sentencia C-263 de 1996, (Ya referida) hace un análisis acerca de la forma de desarrollo de la relación jurídica aprobada para la prestación de los SPD. «No es entonces exótico que la relación jurídica entre usuario y empresa de servicios públicos sea simultáneamente estatutaria y contractual. [...] La relación estatutaria o reglamentaria que aparte de la contractual rige las relaciones usuario - empresa tiene especial significación, cuando la ley 142 en los artículos 152 a 159 regula los mecanismos de defensa de los usuarios en sede de las empresas, entre los cuales se encuentra el derecho de petición y los recursos de reposición y apelación, así como los requisitos y la oportunidad para hacer uso de estos, su trámite y los órganos competentes para resolverlos».

derechos como de deberes a los usuarios involucrados en su celebración, para la prestación de un servicio específico.

Continuando con la identificación estructural de este contrato, se da paso a señalar qué es lo que se requiere para la celebración del mismo, y por ende, para su existencia; es así que para que haya contrato de servicios públicos domiciliarios, se requiere por disposición legal que «*la empresa defina las condiciones uniformes en las que puede prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicite recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa*».<sup>288</sup>

Dentro del contrato se identifican dos partes para su celebración: “*la empresa de servicios públicos domiciliarios, y los usuarios...*”<sup>289</sup>, siendo estos los integrantes e interesados en la configuración de este contrato y por ende, de quienes se asume su actuar de buena fe en cada nuevo acuerdo que proviene de su voluntad, “este contrato se perfecciona cuando el usuario acepta las condiciones uniformes de prestación del servicio y solicita la suscripción e instalación del servicio a un determinado inmueble”<sup>290</sup>.

La situación jurídica que se presenta en estos contratos es compleja, pues se debe tener en cuenta un régimen plural que regula su desarrollo, ya que como se advirtió no es absolutamente de derecho privado, además de la connotación económica que los envuelve cuyas pautas han sido establecidas Constitucionalmente. Así, “el régimen de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, está sustentado principalmente en la Constitución Política (arts. 365 y 367) que establece que los servicios

---

<sup>288</sup> Artículo 129 Ley 142 de 1994

<sup>289</sup> Artículo 130 Ley 142 de 1994

<sup>290</sup> AYALA, JORGE. *Elementos teóricos de los servicios públicos domiciliarios. Ediciones Doctrina y Ley*, Santafé de Bogotá. 1996 p. 144

públicos incluyendo la forma de contratación estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, entre otras están las leyes 142 y 143 de 1994, 80 de 1993 (Contratación estatal), 489 de 1998 y la 689 de 2001 a las que les corresponde establecer las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los mismos”.<sup>291</sup>

En cuanto a la prestación de estos servicios, “la ley 142 de 1994 abre la puerta al sector privado y a otras formas de organización empresarial de la sociedad para que intervenga abiertamente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y el Estado conserva su monopolio sobre la regulación y el control de estas actividades”<sup>292</sup>

La ley 142 de 1994 reconoce que, “en la medida en que las empresas de los servicios públicos dejan de actuar como órganos de la administración, y pasan a comportarse como entes privados en un régimen de competencia, sus relaciones con los usuarios no pueden analizarse como si surgieran de reglamentos obligatorios, sino que deben considerarse como expresión de un contrato que es “típico y nominado” [...] También señala “el marco conceptual que facilita las relaciones entre el prestador y el usuario, al darle la connotación de contrato consensual”, de “condiciones uniformes”, y que desde la perspectiva clásica recibe la denominación de contratos de “adhesión”<sup>293</sup>, con las características que ello acarrea y que fueron advertidas en el título anterior.

---

<sup>291</sup> PALACIO, HINCAPIE JUAN; MUÑOZ, ZULMA; CASTRO, HÉCTOR; GARCIA, JORGE Y SANDOVAL, JAIRO. Hacia la definición de un modelo jurídico especial para los contratos de servicios públicos. En: *prolonguemos derechos y valores*. Redalyc (35-47, enero- junio, Bogotá- Colombia) 2006. p.38.

<sup>292</sup> AYALA, JORGE. *Elementos teóricos de los servicios públicos domiciliarios*. Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá. 1996 p. 66.

<sup>293</sup> PALACIO, HINCAPIE JUAN; MUÑOZ, ZULMA; CASTRO, HÉCTOR; GARCIA, JORGE Y SANDOVAL, JAIRO. *Op. cit.* p.40.

Estos aspectos nos llevan a señalar que, «el legislador en esta materia quebró las profundas barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo, y las neoliberales que abren el proceso a la competencia, para regular los servicios públicos en aspectos tales como los de sus actos y contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas del derecho privado, sin abandonar en ciertos casos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo<sup>294</sup>». Soporta las afirmaciones anteriores algunas de las situaciones descritas en la ley 142 de 1994 artículos 2, 30, 31, 32, 33 y 39.

Otro aspecto importante de destacar en el desarrollo de las bases jurídicas de los SPD alude a «la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea de paso, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestatarias de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general<sup>295</sup>».

No obstante constituir los SPD una especie dentro de la teoría del servicio público cuya consecuencia primigenia sería la regulación de derecho público

---

<sup>294</sup> SANTOFIMIO, GAMBOA JAIME ORLANDO. *Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso*. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Gobierno Municipal. Maestría en Gobierno Municipal. Bogotá. 2002. pp. 78 – 79.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

de sus actos y contratos, la Constitución Política de Colombia deja en manos del legislador el desarrollo de los criterios para la contratación de los prestadores. En este punto el legislativo da prevalencia al derecho privado, buscando con ello dentro de otros propósitos el que las empresas prestadoras de SPD puedan actuar en el tráfico jurídico ordinario, como unos sujetos más del mercado<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup> Artículo 30. Principios de interpretación. Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios. En la Sentencia C-066/97. Referencia: Expediente D-1394. Acción pública de inconstitucionalidad, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, se señala: «4. REGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. En concreto, el actor acusa los artículos 30, 31, 32 y 35 de la ley 142 de 1994, considerando que, al establecer un régimen de derecho privado para regular lo relativo al tema mencionado, las autoridades encargadas de determinar las responsabilidades penales y disciplinarias a que haya lugar, no podrán exigir a los servidores públicos dependientes de las empresas de servicios públicos domiciliarios, los principios de transparencia, economía y responsabilidad a que se refiere la ley 80 de 1993; se rompe el principio de igualdad estipulado en el artículo 13 de la Constitución, en vista de que, sin razón justificativa suficiente, los servidores de las referidas empresas son sustraídos del régimen de responsabilidad propio de los demás servidores públicos, que pertenece al derecho público, creando en su favor una discriminación; el legislador desbordó la facultad dada por el Constituyente para la expedición del estatuto general de la contratación pública, pues al ser dictada la ley 80 de 1993, las entidades estatales, como las empresas aquí examinadas, deben a ella someterse única y exclusivamente, quedando el legislador inhabilitado constitucionalmente para expedir regulaciones excluyentes de dicho estatuto general; y, por último, ataca la mencionada normatividad diciendo que el artículo 333 de la Carta, no autoriza al Congreso a someter al régimen del derecho privado la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas. Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexequibilidad del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior. De otra parte, si las actuaciones y contratos



---

de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de sus empleados deben someterse a los principios estipulados en el título preliminar de la ley objeto de control (artículo 30), y no directamente a los del artículo 23 de la ley 80 de 1993, no hay sustento constitucional suficiente para la preocupación del actor en este punto, pues no es cierto que, por lo señalado, tales servidores públicos puedan desempeñar lo de sus cargos sin transparencia, responsabilidad y economía, y ello no les pueda ser exigido por las autoridades encargadas de vigilar sus actuaciones, ya que los principios que rigen la prestación de los servicios públicos domiciliarios no son solamente los arriba enunciados, sino los de eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, etc., todos establecidos a lo largo del título preliminar de la ley 142 acusada (artículos 1 a 14), cuya consecución incluye, indudablemente, el cumplimiento de los principios que tanto preocupan al actor, desarrollando así cabalmente los principios esenciales de prestación eficiente y cobertura total de los servicios públicos, consagrados en el artículo 365 de la Carta. Además, no existe tal favorecimiento discriminatorio para las personas a cargo de la prestación de los servicios públicos esenciales, en vista de que no es cierto que su régimen de responsabilidades no sea tan exigente como otros por el simple hecho de pertenecer al derecho privado; y menos en cuanto a estos trabajadores, quienes tienen una doble responsabilidad propia del régimen mixto de obligaciones que los cobija, pues a ellos no solamente se les aplica los artículos 55, 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, relativos a la ejecución del contrato de trabajo con buena fe, obligaciones y prohibiciones para los trabajadores, sino, eventualmente, la ley 200 de 1995 o Código Disciplinario Único, cuyo artículo 20 incluye a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria como destinatarios de la ley disciplinaria, estando cubiertos, entonces, también por los 28 deberes y 33 prohibiciones propias de este régimen. Luego, la responsabilidad de los trabajadores al servicio de las empresas mencionadas, en razón a la importancia de la función pública que cumplen, es mayor que la de cualquier otro servidor público, con lo cual la ley 142 de 1994 no viola, sino que cumple el artículo 13 de la Constitución Nacional. Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador. Lo dicho anteriormente sirve para destruir el argumento que pretende la inconstitucionalidad de las normas objeto de control por violación del artículo 333 de la Constitución, pues si bien éste guarda relación con el tema tratado en tanto se refiere a la iniciativa privada, libre competencia económica, no abuso de posiciones dominantes y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente, se reitera que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de tales tópicos debe examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros con incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta Corte compete. Más cuando el artículo 333 citado no constituye un catálogo de cuánto los particulares pueden o no hacer, para que sea razonable la interpretación dada por el actor. Asimismo, lo relativo a la posibilidad de que las Comisiones de Regulación, de acuerdo con los artículos 31 y 35 de la ley 142 de 1994, determinen de manera general la inclusión facultativa u obligatoria de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros. En verdad, [...] en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la

En este punto la sala plena del Consejo de Estado también se ha pronunciado acerca del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y ha dispuesto que “los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las leyes 80 de 1993 y 142 de 1994”<sup>297</sup>.

Señala el fallo en estudio, S - 701 del C.E.: «En conclusión: a) Los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (artículo 154 inciso 1). c) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulado

---

Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley».

<sup>297</sup> EXPEDIENTE No. S - 701 - CONTRACTUAL. Septiembre 23 de 1997. El accionante presentó el 14 de diciembre de 1995 demanda ante a quo con el objeto de que se declarara a la Empresa de Telecomunicaciones del Huila S.A. "Telehuila S.A.", empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, responsable del incumplimiento del contrato # 0136 - 95 y se le condenara al pago de los daños generados por ese incumplimiento. Respecto del contrato de SPD se dispuso: “Los actos de las empresas de servicios no están sometidos a un régimen uniforme porque pueden ser privados o administrativos, según el caso. Asimismo los contratos estarán sometidos, unos al régimen privado y a la jurisdicción ordinaria para dirimir sus controversias; y otros, como los de servicios públicos, sometidos predominantemente al derecho público, ventilables sus conflictos ante la jurisdicción administrativa, como sucede también con aquéllos que posean cláusulas exorbitantes”.

en los artículos 128 y ss. y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (artículo 31 inciso 2), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe por colaboración de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142 darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.»

Estos conceptos a propósito del contrato de SPD constituyen un presupuesto de armonización con la realidad contractual, y con la consecución de los fines propuestos en un Estado Social de Derecho como el nuestro.

Las orientaciones anteriores constituyen el objeto sobre el cual el Estado realiza su función de intervención dada la obligación a su cargo de inspección, control y vigilancia, tema que será abordado a continuación.

## **B. ESTRUCTURA DE CONTROL COMO CONSECUENCIA DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO**

Partiendo de los presupuestos de configuración del contrato de SPD, es importante resaltar ahora el papel del Estado en cuanto a la realización de un control estricto a la prestación de estos servicios<sup>298</sup>. El Estado como se ha

---

<sup>298</sup> “En el paso del monopolio a la competencia, la transformación de las formas como se ejercen los controles públicos constituye un verdadero reto que los organismos de control y los prestadores de servicios deben afrontar, puesto que mientras los servicios públicos se prestaron por monopolio estatal, estuvieron sometidos a las reglas propias del derecho público convencional y a controles formales con

venido advirtiendo no se desprende de su papel de órgano de regulación, vigilancia y control. Al constituir los SPD una especie del denominado servicio público continúa en su cabeza la responsabilidad de velar por una prestación eficiente.

La función de control de los SPD corresponde entonces al Estado dada la reserva constitucional que en este sentido se ha realizado, y hay que entenderla dentro "del contexto del Estado Social de Derecho, [como un ejercicio que] más que conseguir sancionados por efectos del control<sup>299</sup>", lo que procura es generar una oportunidad de revisión permanente a la prestación de los mismos, con la finalidad de alcanzar los propósitos de satisfacción del interés general cuyo objeto forma parte de la caracterización como servicio público.

Así las cosas, en el presente título se abordará el estudio de cómo el Estado a través de los controles busca "garantizar la eficiencia en la gestión, el ejercicio de las actividades dentro del marco de la libre y leal competencia y la protección de los usuarios<sup>300</sup>". En este sentido se revisará el papel de organismos tales como las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Manteniendo las distinciones a que hay lugar, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene a su cargo las funciones de vigilancia y

---

carácter numérico legal. Sin embargo, esta forma de control no es adecuada a las nuevas realidades, que se encuentran determinadas por la función social del Estado, y por la exigencia de altos niveles de eficiencia en la gestión y la competitividad. El nuevo entorno de liberalización exige variar la orientación de los controles y el núcleo de los mismos, para dirigirlos esencialmente a la gestión y a los resultados, con el fin de obtener una prestación eficiente de los servicios públicos por parte del Estado, por las comunidades organizadas o por los particulares, a la totalidad de los miembros de la población, tal como lo ordena el inciso 1° del artículo 365 de la Carta Política". ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Servicios Públicos Domiciliarios Proveedores y Régimen de Controles*. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Septiembre de 2006. p. 246.

<sup>299</sup> ATEHORTUA, CARLOS. *Los controles a las empresas de servicios públicos domiciliarios*. Revista de Derecho y economía "Con-texto". Número 21. 2.004. p20.

<sup>300</sup> ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Op. cit.* p. 246.

control de los SPD. En efecto, debe tenerse presente su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico a partir de las disposiciones emanadas de la Constitución Política de 1991.

En cuanto a las Comisiones de Regulación como delegatarias de las funciones Presidenciales, les corresponde «la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad<sup>301</sup>»

A continuación se desarrollará cada uno de los aspectos referidos, iniciando por la fundamentación de la necesidad de un control en el contexto del Estado Social de Derecho, base del actual marco constitucional.

## **B.1 GENERALIDADES DE LA REALIZACIÓN DEL CONTROL**

El estudio de este tema está direccionado a la reflexión acerca de los controles a la prestación de los SPD. Se parte para ello de la premisa de que existe un prestador del servicio y un usuario que ha optado por la prestación del mismo, ligados a través de un contrato, situación que debe ser objeto de regulación, vigilancia y control; ello con el fin de permitir la libre competencia y, en forma primordial, la protección de los derechos de los usuarios.

El control en la prestación de servicios públicos domiciliarios ha sufrido importantes cambios. Una situación especial es la que se origina a partir de

---

<sup>301</sup> Art. 73 ley 142 de 1994.

la apertura que da la Constitución Política de 1991 a los prestadores privados para que participen de la prestación de estos servicios<sup>302</sup>, campo reservado con antelación a esta normativa, a las autoridades del Estado.

Es así que se debe mirar con detenimiento la razón que justifica que el Estado se reserve la regulación y control en relación con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, indistintamente de la calidad que ostente quien realiza tal actividad, puesto que puede ser del orden público o privado<sup>303</sup>. El control sobre estos servicios corresponde a la tarea de intervención del Estado “que debe ejercerse sobre las empresas, sus servidores, actos y contratos”<sup>304</sup>, con miras a la satisfacción del interés general que en todo momento debe perseguir la administración hasta el punto que su objeto y justificación estriban en su satisfacción (C.P. art. 1o. y 2o.).

Con la puesta en escena de la ley 142 de 1994, se hace necesario revisar «la orientación de los controles y la dirigencia de estos, para dar un vuelco al

---

<sup>302</sup> “Estos nuevos prestadores, deben ajustarse a los controles preestablecidos y propios de las actividades estatales, de tal manera, que las empresas privadas que toman el rol de prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en algunos casos, cumplen con funciones públicas: hacer expedición de actos administrativos, tener la potestad de ejercer dominio público y de la misma forma, administrar bienes del Estado. Todas las empresas prestadoras, sus actos y contratos, son controlados por la administración pública”. DUSSAN, JORGE. *El régimen de los servicios públicos domiciliarios*. Pontificia Universidad Javeriana. Javegraf. Bogotá. 2005. p. 249.

<sup>303</sup> «Es necesario mencionar, que en otros contextos del derecho, ha surgido dentro del control una nueva visión, la de lo público; es decir, que desde ese punto de vista, los controles deben realizarse sobre las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sin hacer distinciones respecto de su naturaleza jurídica. En tal dimensión, las empresas prestadoras de origen privado, deberán someterse al control ejercido y fundamentado en el derecho público; pueden, en consecuencia, presentarse en relación a lo dicho, entre otros, los siguientes casos:

- a. Cuando expiden actos o ejercen potestades públicas, especialmente, en los casos de relaciones con los usuarios.
- b. Cuando el proveedor administra recursos estatales, como aportes, participaciones o contribuciones.
- c. Cuando el proveedor ejerce actividades derivadas del dominio público, como las asociadas a la construcción y a la administración de redes y otros bienes afectados a los servicios públicos domiciliarios». ATEHORTUA, CARLOS. *El control en las empresas de servicios públicos domiciliarios*. Revista de derecho y economía "con-texto". N. ° 21. Noviembre de 2.004. p.21.

<sup>304</sup> ATEHORTUA, CARLOS. *Op. cit.* p. 4.

gestionamiento en busca de mejores resultados, con la finalidad de optimizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de los entes estatales, por las organizaciones de comunidades o por empresas privadas, en forma totalmente eficiente para toda la población, como lo ordena el inciso primero del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia. El principio de igualdad debe primar para que los servicios públicos se presten en un contexto de libre competencia, lo que implica que los entes estatales se deben someter a reglamentaciones y criterios de valoración análogos a los aplicados a las empresas prestadoras privadas. Esto representa, que en muchos asuntos, agentes privados deberán someterse a reglas que antes sólo eran aplicables a agentes estatales<sup>305</sup>, y a la contrapuesta opción, que el Estado esté sometido a criterios de gestión y evaluación propios de la administración privada»<sup>306</sup>.

El control se lleva a cabo respecto de la gestión patrimonial de los agentes, lo mismo que en relación con asuntos disciplinarios, penales y aquellos relacionados con la acción de la policía administrativa. La normatividad

---

<sup>305</sup> Sentencia C-263 de 1.996. Ya referida en el capítulo uno. Respecto de los controles dispone: «Diferentes disposiciones de la ley 142 de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos domiciliarios algunos derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público, vgr, la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la ley 56 de 1981, así como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones (arts. 4, 56, 57, 106 a 114, 117, 119, 152 a 159). Consecuente con lo dicho, si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados».

<sup>306</sup> ATEHORTUA, CARLOS. *Op. cit.* p.25.

aplicable en estos asuntos está contenida en el derecho público<sup>307</sup> teniendo en cuenta que tanto los agentes estatales como los particulares que ejercen funciones públicas, tienen una misma finalidad, la satisfacción del interés general.

Por tratarse de una actividad de servicio público es importante para la ciudadanía conocer la evolución en la protección de sus derechos. Para el caso que nos ocupa específicamente como usuarios de los SPD<sup>308</sup>. Esta tarea de la prestación de los SPD al tener como garante de su prestación al Estado, le exige a este contar con los mecanismos e instrumentos idóneos para hacer realidad las premisas de satisfacción del interés general, el cual involucra no solo el de los usuarios sino que también se abre paso a la protección de los diferentes prestadores de los servicios.

Al asignar funciones específicas para el ejercicio de la regulación, control y vigilancia atribuidas al Estado, «la Constitución estableció una distribución de competencias similar a la usada desde 1945 en otros frentes de la intervención estatal: el legislador señala mediante leyes unos objetivos, directrices y pautas fundamentales y formula un mandato que el Presidente de la República lleva a la práctica mediante la adopción de las medidas concretas que en su concepto sean necesarias para el adecuado logro de los

---

<sup>307</sup> “En el momento en que el control se realiza con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones sociales a que están obligados los operadores y cuando lo que se tutela son derechos de los usuarios que están en condiciones de desventaja frente al operador, el discernimiento a seguirse en materia de responsabilidad debe derivar del derecho público, independientemente de la naturaleza jurídica que adopte el prestador. Lo transcendental en este aspecto, es someter en el sector de los servicios públicos a los operadores públicos y privados, a un régimen equiparable para unos y otros, para que no existan ventajas o desventajas injustificadas en este campo, ni para los administradores estatales cuando se asume la competencia, ni para los proveedores privados”. HINESTROSA, FERNANDO. *Derecho civil, hechos y actos jurídicos*. Universidad externado de Colombia. Giro Editores 1.992. p. 583.

<sup>308</sup> “Debe ser inconfundible que se está en la presencia de servicios públicos domiciliarios, prestados por entes, que indiferentemente de la naturaleza jurídica que los respalde, adquieren una posición de ventaja frente a sus usuarios y que estos últimos deben tener en todos los casos una protección especial por parte del Estado”. CÁRDENAS, JULIO. *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*. Universidad externado de Colombia. Giro editores. Bogotá. 2.003. p123.



objetivos que le han sido señalados, pudiendo en todo tiempo modificar o sustituir tales medidas en la forma en que lo considere conveniente para ajustarse a la variación de las circunstancias y necesidades de cada momento, siempre y cuando permanezca aún vigente el mandato legal de intervención. Específicamente haciendo mención del control y vigilancia son también funciones presidenciales pero suelen estar deferidas a una Superintendencia mediante el mecanismo previsto en el Art. 211 de la Constitución<sup>309</sup>».

De esta manera, es oportuno señalar que la función del Estado en relación con la regulación, control y vigilancia, se adelanta a partir de la organización de entes tales como las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, los cuales se encargan de ejercer los controles generales que en materia de las relaciones entre los prestadores y los usuarios se deben dar, tema que se detallará a continuación.

## **B.2 SURGIMIENTO DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA Y SU PAPEL DE CONTROL**

Se ha insistido a lo largo del presente capítulo en la comprensión del contrato de SPD que contiene unas características especiales, lo que da lugar a un tratamiento propio dada la condición de servicio público. Esto hace que se establezcan controles frente al mismo, los cuales son ejercidos por el Estado, y surgen de la necesidad de evitar abusos por parte de los prestadores, dada la calidad especial que les acompaña de contar con una posición predominante teniendo en cuenta condiciones especiales tales como conocimiento técnico del servicio, poderío económico en el mercado, entre otros.

---

<sup>309</sup> TRUJILLO CALDERÓN, MARTHA LUCÍA. MUTIS VANEGAS, ANDRÉS. *Las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios*. VNIVERSITAS JURÍDICA. Pontificia Universidad Javeriana. No. 89. Diciembre – 1995, Santafé de Bogotá. Colombia. p. 223.

En algunos casos los prestadores del servicio se convierten en únicos teniendo en cuenta la especificidad del mismo, circunstancias en las que se hace necesario que el Estado continúe vigilante a través de los órganos dispuestos para ello, siendo uno de estos las Comisiones de Regulación. Respecto de este organismo existe un antecedente en el país, las denominadas agencias independientes de regulación<sup>310</sup>.

---

<sup>310</sup> «Antes de la crisis de los años treinta, en Colombia era inconcebible la figura del Estado regulador de las actividades económicas, aunque, en contadas excepciones como las vías terrestres, las zonas baldías, la explotación minera, los bienes rústicos, y los impuestos, entre otros, existía intervención por parte de la administración; los servicios públicos y los adelantos tecnológicos para la época, como telégrafos, electricidad o acueductos, sumado a un servicio bancario en evolución, proporcionaron la base de las actividades de regulación en lo económico y social por parte del Estado. En 1.929 como consecuencia de la crisis mundial, hubo en Colombia emergencias económicas y dificultades que resultaron en las conocidas luchas sociales y las protestas que mediaban por el respeto de los derechos de los trabajadores, esto condujo a que hasta llegado el año 1.944 Colombia se mantuviera en un estancamiento político, donde el tinte social provocó medidas proteccionistas. Esta nueva visión del papel estatal frente a los temas económicos, hizo que en 1.930, con Enrique Olaya Herrera en la presidencia, se institucionalizara una mayor protección de los derechos sociales con asistencia del sector público. Ya en 1.934, cuando accedió al poder Alfonso López Pumarejo, fueron impulsadas las primeras reformas, que coincidían con los cambios proporcionados en Norteamérica por el New Deal. Se llegó con posterioridad a la reforma de la Constitución en 1.936, que respaldaba las propuestas socialistas europeas, fundamentadas en una sociedad sometida totalmente al poder eclesiástico. Las reformas habían avanzado al punto de determinar que el Estado, por medio de leyes, podía intervenir la explotación industrial, las empresas públicas y privadas, con el fin de que se mantuvieran niveles razonables de producción, distribución y consumo de los recursos del país, y protegiendo los trabajadores. Aunque, tales leyes necesitaban para su aprobación mayorías especiales, manteniendo siempre la custodia el Estado sobre los derechos populares de propiedad y libre empresa. Años después, con la reforma de 1.945, se buscó una reestructuración de las instituciones existentes, sin entrar en cambios profundos de las doctrinas estatales, fue entonces cuando pudo aclararse que en cuanto a las industrias y empresas públicas y privadas, la intervención del Estado, no podía hacerse por parte del Presidente, aunque, contara con facultades extraordinarias otorgadas por el congreso. Luego en el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, entre 1.966 y 1.970, hubo una nueva reforma constitucional, motivada por la necesidad de una actividad administrativa más ágil, proporcionando mayores facultades al gobierno nacional, departamental y municipal, en temas económicos, mediante actos administrativos y no leyes, pues, las leyes son de más lento trámite para su expedición. Para encontrar un antecedente claro, sobre la inclusión en la normatividad colombiana, de las agencias independientes de regulación, se debe retroceder la mirada al año 1.968, momento en el cual se expide el Decreto Ley 3069, en cuyas normas se encontraba como meta controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica. Dos años más tarde, se expidió el Decreto 149 de 1.970, que estableció simultáneamente la política de precios, la forma como esta sería aplicada y se creó una lista de tarifas aplicables a los servicios públicos de correos, telégrafos, telefonía urbana y de larga distancia, recolección de basuras, energía eléctrica, alcantarillado y agua potable; que aumentaron y expandieron las primeras funciones de la junta nacional de tarifas, las cuales llegarían hasta definir y aplicar la política de precios de los sectores a su cargo, elaborar estudios sobre producción, distribución y consumo nacionales, trazar políticas sobre abastecimientos de la demanda nacional y recomendar las medidas pertinentes». SALAMANCA, LEÓN JAIME. *El estado del arte de la regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). Colombia, 2001. pp. 119, 126, 205.

En Colombia se hace mención de los órganos de regulación que gozan de unas características especiales: independencia<sup>311</sup> y autonomía<sup>312</sup> para la toma de las decisiones conforme a la especialidad asumida. Afirmación que no es del todo absoluta si se tiene en cuenta que “las Comisiones de Regulación manejan cierto nivel de independencia, claramente no son autónomas; su configuración como Unidades Administrativas Especiales, las hace formar parte directamente de la rama ejecutiva del gobierno, son siempre adscritas a un Ministerio y siguen las directrices dictadas por el

---

<sup>311</sup> «En efecto, la independencia de las comisiones de regulación tiene fundamento constitucional y es configurada por el legislador para que las actuaciones de éstas respondan a las necesidades propias del sector regulado, de acuerdo con los fines señalados en la Constitución y los parámetros establecidos en la ley, y no a las presiones políticas, los motivos coyunturales, el acceso privilegiado de algunas fuerzas a los procesos decisorios, la captura del regulador por el regulado, entre otras contingencias que impiden que el órgano regulador actúe en aras del interés general con miras a proteger los derechos de los usuarios y asegurar la continuidad y calidad del servicio público correspondiente. Esta condición institucional de las comisiones de regulación para poder desarrollar sus actividades de manera independiente y en procura del interés general se evidencia a partir de la denominación misma que reciben por parte de la ley. En efecto, el artículo 69 de la Ley 142 de 1994 señala que las comisiones de regulación son "unidades administrativas especiales" que tienen "independencia administrativa, técnica y patrimonial". De acuerdo con la ley, las unidades administrativas especiales "son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquélla les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo" (art. 67 de la Ley 489 de 1998). Así pues, el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, estableció, con miras a garantizar su imparcialidad y neutralidad, que tales comisiones de regulación (i) son órganos colegiados; (ii) tienen un carácter técnico y especializado; (iii) cuentan con independencia patrimonial; (iv) sus directivos, los comisionados, tienen período fijo; (v) y están sometidos a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades». Tomado de sentencia C- 150 de 2003.

<sup>312</sup> Aquí el caso de un organismo independiente – el Banco de la República – con definición de independencia constitucional. Sentencia C- 827 de 2001 - Expediente D-3345 Demanda de inconstitucionalidad contra el literal a), parcial, del artículo 16 de la Ley 31 de 1992. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se demandó la expresión "establecer las sanciones por infracción a las normas sobre esta materia" del literal a) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992 "por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasaran los fondos de fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones." En este fallo haciendo mención de la autonomía del Banco de la República se dispuso: «La especial autonomía que la Constitución predica del Banco de la República y de su Junta Directiva como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria proyecta en nuestra organización constitucional la presencia de las denominadas autoridades independientes que en la doctrina y en la organización de los estados ha venido enfatizándose bajo la primigenia inspiración de instituciones similares de los Estados Unidos, posteriormente del Reino Unido y más recientemente del constitucionalismo europeo continental (Francia, España, por ejemplo), encargadas de la regulación de actividades sociales -organismos reguladores- con el agregado de las especiales peculiaridades que evidencia el modelo de banca central también paulatinamente acogido en diferentes Estados».

Ministro de turno, las cuales deben estar de acuerdo a los planes de desarrollo planteados”<sup>313</sup>.

A partir de la “Constitución Política de 1991, le cabe la responsabilidad al Estado de “establecer una estructura administrativa, que se encargue de dar eficaz desarrollo de sus funciones. Esta estructura en el modelo colombiano, a diferencia de otros ordenamientos”<sup>314</sup> “se encuentra dividida en razón de las funciones de inspección, control y vigilancia”<sup>315</sup> por una parte, y regulación por la otra”<sup>316</sup>, correspondiendo las primeras a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y la segunda a las denominadas Comisiones de Regulación.

Constitucionalmente en el año de 1991, en el art. 370 se establece la potestad regulatoria en cabeza del Presidente de la República. “La regulación”<sup>317</sup> es un concepto complejo que tiene definiciones enfocadas en

---

<sup>313</sup> LENIS, MEJÍA ANA LUCÍA. *Las agencias independientes o comisiones de regulación*. Revista de Maestría en Derecho Económico, N° 2. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2.004. pp 24-34

<sup>314</sup> La mayoría de los modelos de Europa Occidental y los Estados Unidos, reúnen en las Comisiones (independientes) funciones de regulación, control y vigilancia. MUÑOZ, MACHADO SANTIAGO. *Servicio Público y Mercado*, T. 1, Madrid, Civitas, 1998, pp. 259 y ss

<sup>315</sup> Con fundamento en la Constitución Política de Colombia se señala en su Art. 75: FUNCIONES PRESIDENCIALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados.

<sup>316</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Manifestaciones normativas de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos*. Contexto. No. 51 – Servicios Públicos Domiciliarios, p. 52.

<sup>317</sup> Sentencia C- 150 de 2003 - Expediente D-4194 En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, se demandó los numerales 2.6, 2.7 y 2.9 del artículo 2, el numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el párrafo y el numeral 9.4. del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, los numeral 14.10 (parcial) y 14.11 del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el inciso segundo y los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) y el párrafo del artículo 39, los párrafos 1 y 2 del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el

distintos aspectos importantes en el Derecho, la Ciencia Política y la Economía, en este contexto el Derecho ha enfatizado en explicar la forma en que las disposiciones regulatorias se cumplen, y cómo se da el proceso administrativo. Según esta disciplina, la regulación es un conjunto de reglas, normas o instituciones legales que contribuyen a mejorar la asignación de los recursos”<sup>318</sup>. Entendida a su vez, la regulación como la tarea de “disciplinar la actividad de los servicios públicos<sup>319</sup>”, se ha dejado en la actualidad en cabeza de las Comisiones de Regulación en relación con los SPD.

El surgimiento puntual de estas unidades administrativas especiales en Colombia, se da a partir de lo dispuesto en el Art. 20 transitorio de la

---

artículo 85 (parcial), el numeral 86.1. (parcial) del artículo 86, el inciso 1° (parcial), los numerales 87.1., 87.2. (parcial), 87.4., 87.7., 87.8. (parcial) y párrafos 1° y 2° del artículo 87, el inciso primero (parcial) y los numerales 88.1., 88.2. y 88.3. del artículo 88, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5 (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.1 (parcial), 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 94 (parcial), el inciso tercero del artículo 96, el artículo 98, el artículo 124, el artículo 125, el artículo 126, el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el inciso tercero del numeral 133.26 del artículo 133, el párrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162, el artículo 163 y el artículo 164 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1° de la Ley 286 de 1996, el artículo 2° y el artículo 3° de la Ley 632 de 2000; y el párrafo del artículo 18, el artículo 19 y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001. [...]. Respecto de la regulación se considera: «En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social [...] En algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.). Ello conduce a que en estos ámbitos la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.)».

<sup>318</sup> FLÓREZ, J. 2.009. La función reguladora del Estado: ¿qué regular y por qué? Conceptualización y el caso de Colombia. Departamento de Economía. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia. p, 5.

<sup>319</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Op. cit.* p. 51.

Constitución Política de 1991<sup>320</sup> que dio al Gobierno la posibilidad “ordinariamente reservada al legislador, de suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva que considerara necesario *“para ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional y en general con la redistribución de competencias y recursos establecidos en la misma”* [...] Sobre esta base, y sin que existiera aún desarrollo legal del tema de los SPD, fueron creadas por primera vez las Comisiones de Regulación Energética, de Telecomunicaciones y de Agua Potable y Saneamiento Básico, con ocasión de la reestructuración de los Ministerios de Minas y Energía, Comunicaciones y Desarrollo Económico, respectivamente<sup>321</sup>”.

Para “el año 1.992, se crean, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones mediante la expedición del decreto 2122”<sup>322</sup>, derogado

---

<sup>320</sup> En este sentido es necesario precisar que: las “comisiones de regulación no son órganos de carácter constitucional aunque su creación, como la de otras estructuras administrativas o instituciones, se encuentra autorizada por varias disposiciones constitucionales, a saber, el numeral 7° del artículo 150, según el cual corresponde al Congreso “[d]eterminar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y **otras entidades del orden nacional**, señalando sus objetivos y estructura orgánica” (negritas fuera de texto); y el artículo 211 cuyo texto indica que “[l]a ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y **agencias del Estado que la misma ley determine**” (negritas fuera de texto); y, para el caso específico de los servicios públicos, el inciso final del artículo 367, el cual establece que “[l]a ley determinará las **entidades competentes** para fijar las tarifas” (negritas fuera de texto). Estas normas constitucionales facultan al legislador para crear diversas entidades o estructuras administrativas del orden nacional. La decisión de crearlas, de definir su perfil institucional y de determinar el grado de independencia de tales estructuras o entidades y su relación con otros órganos nacionales, se encuentra dentro del margen de configuración del legislador. De tal manera que la Constitución no ordena que existan comisiones de regulación de los servicios públicos, pero sí autoriza al legislador para crearlas cuando estime que este tipo de órgano es el adecuado para hacer cumplir el régimen de la regulación de los servicios públicos. También podría el legislador decidir suprimir tales comisiones o, por el contrario, modificar su perfil institucional y ampliar su grado de independencia”. Tomado de Sentencia C- 150 de 2003, referida ya en el presente escrito.

<sup>321</sup> TRUJILLO CALDERÓN, MARTHA LUCÍA. MUTIS VANEGAS, ANDRÉS. *Las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios*. VNIVERSITAS JURÍDICA. Pontificia Universidad Javeriana. No. 89. Diciembre – 1995, Santafé de Bogotá. Colombia. p. 226

<sup>322</sup> Por el cual se reestructura el Ministerio de Comunicaciones. Artículo 2: “Créase la comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la cual tendrá el carácter de Unidad Administrativa Especial y cuyo objetivo será el de regular y promover la competencia para que las operaciones sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad”.

por el Decreto 1130 de 1999<sup>323</sup> y posteriormente se constituye la Comisión de Regulación de Comunicaciones<sup>324</sup>. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico se consolida en el decreto 2152<sup>325</sup> y la Comisión de Regulación de Energía y Gas tiene como sustento el decreto 2119 que posteriormente fue derogado por el Decreto 1141 de 1999<sup>326</sup>, coadyuva la reglamentación en estos servicios la ley 143 de 1994<sup>327</sup>. Lo anterior generó la supresión de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, cuyas funciones en los respectivos sectores fueron asumidas por la tres nuevas Comisiones de Regulación.

---

<sup>323</sup> En el capítulo V, se señalan las funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), indicando en el Art. 38: “La regulación que expida la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones estará orientada a definir un marco regulatorio proactivo, claro, imparcial, confiable, estable y adecuado a las condiciones del mercado de los distintos servicios”.

<sup>324</sup> Organismo regulador del mercado de las telecomunicaciones en Colombia, la CRC, cumple la misión de promover la competencia y la inversión así como proteger los derechos de los usuarios y acorde con los lineamientos del estado, garantizar la prestación efectiva de los servicios de telecomunicaciones y el desarrollo del sector en el marco de la convergencia y la sociedad de la información. <http://www.crcm.gov.co/index.php>. Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC -, se crea la Agencia Nacional de Espectro. En el art. 19 dispone: *CREACIÓN, NATURALEZA Y OBJETO DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES*. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La Comisión de Regulación de Comunicaciones es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad. Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley.

<sup>325</sup> Por el cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico. En el capítulo VI desarrolla lo correspondiente a la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.

<sup>326</sup> Por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía.

<sup>327</sup> Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética, en su artículo 2° señala: “En relación con el sector energético la función de regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible”.

Con la expedición de la ley 142 de 1.994, fueron creadas como Unidades Administrativas Especiales cada una de las Comisiones de Regulación; en los artículos 70<sup>328</sup> y 71 (este último derogado por el art. 8, Decreto Nacional 2474 de 1999) se deja establecida su estructura orgánica y composición. Esta misma normativa en el artículo 68 dispone que el Presidente de la República es el encargado de señalar las políticas generales de la administración y ejercer control sobre la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, tareas que fueron encomendadas desde la Constitución Política en su artículo 370, y que constituye soporte de la delegación de funciones que el Presidente hace a estos organismos.

Existen algunas reformas como las planteadas en el Decreto 2696 de 2004<sup>329</sup> y el Decreto 1524 de 1.994<sup>330</sup> con las que estas Unidades Administrativas dan inicio a procesos en los que se incluye la participación ciudadana, y además se visualiza el fenómeno de la «deslegalización [...] mediante el cual el legislador se releva en su función, refiriéndose a algunas materias, en cabeza de la administración pública, permaneciendo siempre la posibilidad de cambiar las normas “administrativas” a través de otra ley»<sup>331</sup>.

Siendo así las cosas se tiene que estas Comisiones en su propósito de regular tienen a su cargo «la emisión de recomendaciones, de órdenes de hacer o no hacer a un agente específico, la imposición de sanciones y la definición de tarifas dentro del régimen previsto por la ley para ello, a fin de respetar y hacer valer los derechos fundamentales y los fines sociales del

---

<sup>328</sup> Estructura orgánica de las comisiones de regulación. Para el cumplimiento de las funciones que les asigna esta Ley, en el evento de la delegación presidencial, las comisiones de regulación tendrán la siguiente estructura orgánica, que el Presidente de la República modificará, cuando sea preciso, previo concepto de la comisión respectiva dentro de las reglas del artículo 105 de esta Ley.

<sup>329</sup> “Por el cual se definen las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación”.

<sup>330</sup> “Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones”.

<sup>331</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Op. cit.* p. 55.



Estado asegurando la eficiencia y el acceso universal a los servicios públicos.»<sup>332</sup>.

En el punto específico de control sobre los contratos de SPD, es preciso anotar que «una de las principales funciones de la regulación económica es tener la virtud de intervenir por vía de actos administrativos particulares, y con sujeción a la ley, los contratos en ejecución que tengan por objeto la gestión de un servicio público a fin de adecuarlos a las cambiantes condiciones del mercado con miras a la protección de los derechos fundamentales de los usuarios por medio de la eficiente prestación de los servicios públicos»<sup>333</sup>.

En este sentido el papel de las Comisiones de Regulación respecto del contenido del contrato de servicios públicos domiciliarios, tiene que ver con la competencia para «la expedición de norma regulatorias, las cuales se

---

<sup>332</sup> Sentencia C- 1120 de 2005 – Expediente: D-5754. Demanda de inconstitucionalidad contra los Arts. 73 (parcial) y 74 (parcial) de la Ley 142 de 1994. «Del examen de las funciones de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de las Comisiones de Regulación, de que tratan las normas demandadas, resulta que: i) Son funciones de regulación de la prestación de los mencionados servicios. En efecto, las facultades de resolver tanto los conflictos por razón de los contratos o servidumbres (Num. 73.8 del Art. 73) como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios (Num. 73.9 del Art. 73) son desarrollo de la función general prevista en el inciso 1º del mismo artículo, en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. ii) Por otra parte, las decisiones que deben adoptar las Comisiones de Regulación en la solución de los mencionados conflictos tienen carácter de actos administrativos. De lo anterior se concluye que las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa, no sólo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial. Los apartes normativos impugnados no establecen un trato diferente entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y las demás personas, respecto de la administración de justicia, por no ser los conflictos entre las primeras objeto de una decisión judicial, sino de una decisión administrativa reguladora de la prestación de dichos servicios. Ello significa que el trato otorgado por el legislador a dichas empresas en relación con la resolución de los mencionados conflictos es distinto porque su situación es distinta de la de las personas que no prestan esos servicios».

<sup>333</sup> CASTAÑO, PARRA DANIEL. *La función de regulación como mecanismo de intervención del Estado en la economía en materia de servicios públicos*. Comentarios a la sentencia T-058 de 2009. Revista Derecho del Estado No. 23, diciembre de 2009. pp. 221- 230.

transforman en objetos materiales de ley. Si se niega tal realidad, es tanto como decir, que la legislación resultante del ejercicio acucioso del Congreso de la República, es algo meramente formal, y se desconocerían todos los actos normativos que permiten la extinción, creación o modificación de obligaciones jurídicas que no proceden del órgano legislativo. En este contexto debe mirarse a la regulación como una forma jurídica naciente, que se diferencia de la reglamentación y la legislación, dado que aquella se refiere a la potestad que le permite a las Comisiones de Regulación expedir normas vinculantes, particulares y generales, que son la herramienta para la “creación” de derecho por parte de entes distintos al Congreso de la República como legislador ordinario y al alto Gobierno como legislador extraordinario en estados de excepción»<sup>334</sup>.

Conforme las funciones, contenidas para todas las Comisiones de Regulación de SPD que se consagran en la Ley 142 de 1994, artículo 73<sup>335</sup>, ***se tiene que dado su carácter le permite hacer la revisión del contenido del contrato sin que ella implique modificación de la voluntad de las partes, cuya adherencia está dada en virtud de las condiciones puestas en su conocimiento mediante los medios idóneos dados para ello, pero en todo caso debe velar por preservar el interés general de los usuarios de los servicios.***

Lo anterior se logra previo el establecimiento de la composición de cada una de las Comisiones de Regulación, con lo cual se busca materializar las normativas que las desarrollan.

---

<sup>334</sup> ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Una aproximación al concepto de regulación*. En: Letras Jurídicas, Empresas Públicas de Medellín. 1999. Vol. 4, No. 1, p. 69 y ss.

<sup>335</sup> ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:[...]

A continuación «la gráfica de la estructura de cada una de las comisiones de regulación: iniciamos la presentación por la de la CRA»<sup>336</sup>, esto a efectos de visualizar el planteamiento estatal para su conformación y las herramientas con que cuenta para el cumplimiento de las funciones que le son asignadas:



En cuanto a la CREG «se conserva la misma estructura, no obstante se encuentra conformada por el Ministro de Minas y Energía, quien la preside; el Ministro de Hacienda y Crédito Público; el Director del Departamento Nacional de Planeación; cinco (5) Comisionados Expertos nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro (4) años y el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, con voz pero sin voto»<sup>337</sup>.

<sup>336</sup> Esta gráfica lo que indica, es que la CRA como organismo tiene independencia administrativa, técnica y operativa, tiene asiento el Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial – MADVT- el Ministro de Protección Social – MPS -, el Director del Departamento Nacional de Planeación – DNP-, y cuatro Expertos Comisionados, designados por el Presidente de la República, y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SPD-, entidad que dispone de voz pero no de voto, aquí surge un primer cuestionamiento en relación con la ausencia de participación de esta última entidad con voto toda vez que la realidad deja ver que a través de la segunda instancia que atienden, se conocen de cerca las diferentes problemáticas que aquejan a los usuarios de los SPD, las cuales de fuente más directa direccionarían las directrices que desde las comisiones se establecieran en términos de cumplimiento del objetivo Estatal en la prestación de estos servicios.

<sup>337</sup>. Tomado de: [http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1aed427ff782911965256751001e9e55/c2f46b76d650b2770525785a007a760d/\\$FILE/Estructura%20organizacional%20de%20la%20CREG%20y%20estructura%20de%20procesos.pdf](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1aed427ff782911965256751001e9e55/c2f46b76d650b2770525785a007a760d/$FILE/Estructura%20organizacional%20de%20la%20CREG%20y%20estructura%20de%20procesos.pdf)

En relación con la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) (es preciso anotar que se menciona en el presente acápite a pesar que el servicio a su cargo no esté dentro de la concepción de los SPD dados los nuevos desarrollos normativos, no obstante continúa siendo un servicio de prestación a los hogares o sitios de trabajo, con lo cual conserva la estructura que le dio origen a su conceptualización dentro de la ley 142 de 1994), “se compone por el Ministro de Tecnologías de la Información y Comunicación, el director del Departamento Nacional de Planeación y tres comisionados de dedicación exclusiva”<sup>338</sup>.

Es importante en este punto resaltar que son «dos tareas (administración y control) las que recaen en cabeza de las comisiones de regulación, que se cumplen en desarrollo de la delegación de las funciones de intervención en la economía»<sup>339</sup> hecha por el Presidente de la República en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Las Comisiones de Regulación cumplen sus funciones a través de actividades dirigidas a la creación de derecho “por vía reglamentaria o por vía particular”<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> Art. 20 Ley 1341 de 2009: *COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES*. Para el cumplimiento de sus funciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones tendrá la siguiente composición: El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones quien la presidirá, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector como su delegado, y tres (3) comisionados de dedicación exclusiva, para períodos de tres (3) años, no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa. Los comisionados serán designados por el Presidente de la República los cuales podrán ser: abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones o economistas. En todo caso, al menos un comisionado deberá ser ingeniero. Los comisionados deben ser ciudadanos colombianos mayores de 30 años, con título de pregrado y maestría o doctorado afines, y con experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional. Uno de los comisionados, en forma rotatoria, ejercerá las funciones de Director Ejecutivo de acuerdo con el reglamento interno. PARÁGRAFO 1o. La Comisión no podrá sesionar sin la presencia del Ministro de Comunicaciones. PARÁGRAFO 2o. La CRC contará adicionalmente con una Coordinación Ejecutiva. La Dirección Ejecutiva y la Coordinación Ejecutiva, cumplirán sus funciones con el apoyo de grupos internos de trabajo, definidos en su reglamento interno. PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones procederá a revisar y a adoptar la estructura y la planta de personal de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

<sup>339</sup> Esta función tiene origen en los artículos 333, 334 y 365 de la Constitución Política de 1991.

<sup>340</sup> ATEHORTUA, RÍOS CARLOS ALBERTO. *Control en las empresas de servicios públicos domiciliarios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005, p. 6.

Además de ello, «es preciso anotar que las funciones de las comisiones de regulación van encaminadas a la promoción de la competencia a través de la regulación»<sup>341</sup> de los agentes que se dedican a la prestación de los servicios, y en general a velar porque todos los prestadores lleven a cabo el respeto por la libre competencia, previniéndoles de incurrir en abusos y servicios de baja calidad.

En total son 26 las funciones que dispone el artículo 73 la ley 142 de 1994 a las Comisiones de Regulación en general. El numeral décimo hace referencia a la función de las comisiones de **emitir el concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración** (lo subrayado es propio), y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Este trámite se lleva a cabo a través de cada una de las comisiones de regulación existentes, y consiste en que una empresa de servicios públicos domiciliarios cuando pretende elaborar el modelo de un contrato, «solicita que le sea emitido concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes del mismo»<sup>342</sup>. Si la comisión solicita ajustes o modificaciones al contrato, éstos deberán ser surtidos en el tiempo estipulado para ello, y finalmente, la empresa de servicios públicos

---

<sup>341</sup> SENTENCIA C-150 DE 2003: «En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que "la regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia».

<sup>342</sup> La resolución 375 de 2006 establece el modelo para el caso de los servicios de Acueducto y Alcantarillado y en la resolución 376 de 2006 para el caso del servicio de Aseo.

domiciliarios solicitante recibirá su concepto de legalidad sobre el contrato de condiciones generales una vez surtidos los trámites necesarios para ello.

Surge como consecuencia de lo anterior un interrogante y es el referente a si hay un ejercicio real y eficiente del papel de las Comisiones de Regulación en Colombia, toda vez que a pesar que les ha sido dada la tarea expresa de revisar el contenido legal de los contratos que después serán suscritos con los usuarios, en ocasiones se evidencia la presencia de cláusulas abusivas.

En este contexto la ley 142 de 1994 Art. 133 parágrafo, les concede la facultad de definir cuándo a pesar de estar incluidas cláusulas abusivas en el contrato es viable permitirles continuar en el mismo, pero, cuál es el criterio para hacer dicha valoración del contenido del íter contractual, porque, en ocasiones debido a la ausencia de reglas claras para dicha evaluación, es posible caer en subjetividades que en últimas llevan a que el usuario sea el que deba soportar aquellas mayores cargas que le son impuestas.

Se tiene de lo revisado, el análisis del papel de las Comisiones de Regulación en el contexto del Estado Social de Derecho, y su función de regulación en lo referente a la prestación de los SPD.

Es importante anotar que en el ejercicio de las funciones estatales de regulación estas le caben como se ha señalado a las Comisiones de Regulación, y lo referente a la inspección, control y vigilancia encuentra su escenario jurídico en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que tal como se revisará a continuación tiene definidas unas funciones específicas dirigidas a velar por una prestación en condiciones de eficiencia y calidad de los servicios a favor de unos usuarios ávidos de herramientas jurídicas que conduzcan a la protección de su derechos, y garantía del cumplimiento de sus obligaciones.

### B.3 LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, ORGANISMO DE VIGILANCIA Y CONTROL

Una de las innovaciones de la Constitución Política de 1.991, fue la de crear la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En el artículo 370 se dispone que “corresponde al Presidente de la República [...] ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”<sup>343</sup>. De esta manera se dispone el ejercicio de las funciones de control en cabeza de este organismo para separarlas de las funciones regulatorias referidas anteriormente.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene a su cargo funciones de policía administrativa. «Potestad que desarrolla dentro de claros límites propios del Estado Social de Derecho colombiano bajo unos lineamientos previamente establecidos [...] teniendo en cuenta que es reglada<sup>344</sup>, esto es, solo puede ejercer las funciones que se le han asignado

---

<sup>343</sup> “De acuerdo a lo consagrado constitucionalmente, en las leyes 142 de 1.994 y 689 de 2.001, e inicialmente el Decreto 548 de 1.995 y luego el Decreto 990 de 2.002, se ha regulado la labor de la Superintendencia direccionando su tarea hacia tres clases de funciones: 1. El control a la eficiencia de la gestión empresarial. 2. La protección de los usuarios. 3. El control de las conductas entre los prestadores de los servicios que puedan resultar violatorias de las normas en materia de competencia”. ATEHORTUA, CARLOS. El control en las empresas de servicios públicos domiciliarios. Revista de derecho y economía "con-texto". N.º 21. Noviembre de 2.004. p.36.

Se tiene además de la cita anterior que el “precepto del Art. 370 está en concordancia con el artículo 189-22 ibídem, que señala: Corresponde al Presidente de la República...“Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos”. Sentencia C- 599 de 1996.

<sup>344</sup> Sentencia C- 599 de 1996 - Expediente D-1301. Demanda de inconstitucionalidad contra el aparte final del artículo 82 de la ley 142 de 1994. «En desarrollo de las atribuciones de control y vigilancia, la Superintendencia inspecciona el funcionamiento de las empresas de servicios públicos, evalúa la gestión financiera, técnica y administrativa, verifica que las obras, equipos y procedimientos que éstas utilicen cumplan con los requisitos técnicos; vela por la adecuada prestación del servicio, su calidad y eficiencia, vigila que dichas entidades cumplan las normas que las rigen, interviene para defender la participación y los derechos de los usuarios, vigila y controla el cumplimiento de los contratos con los usuarios, etc., además de contar con facultades sancionatorias, para los casos en que se infrinja la Constitución y la ley. Ahora bien: si es la misma Constitución la que le asigna al Presidente de la República la tarea de ejercer el control, la inspección y vigilancia de las *entidades* que prestan servicios públicos domiciliarios, actividades que debe realizar por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mal puede la ley atribuir dicha potestad a una autoridad distinta,

---

como ocurre en el caso de estudio [haciendo referencia a los Personeros Municipales]. En efecto, como ya se ha expresado, en la norma que es objeto de demanda parcial, se faculta a los Personeros Municipales para imponer multas hasta de diez salarios mínimos mensuales a las *empresas* que presten servicios públicos en el municipio, por las infracciones a la ley (142/94) o a las normas legales a que deban estar sujetas, en perjuicio de un usuario residente en el municipio. Quiere esto significar que una de las funciones atinentes al control y vigilancia de dichas entidades, que constitucionalmente, compete en forma exclusiva a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por obra del legislador, se ha trasladado a los Personeros Municipales, con clara violación del artículo 370 del Estatuto Supremo, razón por la cual será declarada inexecutable, la norma legal que tal cosa dispone. Este control administrativo que realiza la Superintendencia sobre las *entidades* prestadoras de servicios públicos es distinto del control disciplinario que la Constitución les asigna a los Personeros Municipales y a la Procuraduría General de la Nación, pues este último se dirige a investigar y sancionar la conducta oficial de los funcionarios o empleados públicos por incumplir los deberes propios del cargo ya sea por omisión o por extralimitación de funciones, como por infringir la Constitución y las leyes. Estos dos controles tienen origen constitucional y no se excluyen entre sí, puesto que su finalidad es distinta, además de que los sujetos sobre los que recae cada uno también difiere, en el primer caso versa sobre las "entidades" que prestan servicios públicos (art. 370 C.N.) mientras que en el segundo, sobre los empleados públicos o las personas que desempeñen funciones públicas en tales empresas (arts. 118, 277 y 278 C.N.). En consecuencia, bien pueden los Personeros Municipales abrir procesos disciplinarios, de acuerdo con las normas de competencia, contra los empleados públicos o trabajadores oficiales de las empresas de servicios públicos en el municipio respectivo, por violar los derechos de los usuarios, mas no sancionar a las citadas entidades porque el control, inspección y vigilancia de éstas por mandato constitucional (art. 370) le corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que tiene poderes sancionatorios para ejercer la defensa de los derechos de los usuarios, cuando han sido lesionados por las empresas de servicios públicos, como se lee en los artículos 79 y 80 de la ley 142 de 1994, que prescriben: Corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: "...79.1 Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos *en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados*; y *sancionar sus violaciones*, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad; 79.2 *Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios* y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios, y *sancionar sus violaciones*". Y en el artículo 80.4 establece: "*Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.*" Las sanciones que puede imponer la Superintendencia dependen de la naturaleza y gravedad de la falta, y consisten en amonestaciones, multas hasta por el equivalente a dos mil salarios mínimos mensuales, orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas, orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan, y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años, solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes, prohibición al infractor de prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez años, toma de posesión de la empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros. Vale la pena recordar que la Procuraduría General de la Nación, según la ley 201 de 1995 (arts. 56 a 59) cuenta con una dependencia que se llama Procuraduría Delegada para la vigilancia del ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, labor que a nivel territorial también ejercen los Personeros Municipales, encargada de atender las quejas de los usuarios de los servicios públicos, para propiciar las acciones que sean necesarias en relación con la calidad de la gestión de las empresas responsables de prestarlos e intervenir para que las personas de menores ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; velar por la defensa y



en las leyes y reglamentos y sus competencias son expresas e improrrogables»<sup>345</sup>.

A su vez corresponde a la Superintendencia en razón de «sus facultades de vigilancia e inspección, imponer sanciones con base en el artículo 81 de la Ley 142 de 1.994 [en concordancia con lo dispuesto en el Art. 27 del Decreto Nacional 1713 de 2002]. [...] Para ejercer esa atribución es menester que el hecho por el cual imponga la sanción esté descrito como reprochable en alguna norma o que encaje estrictamente dentro del concepto de falla en la prestación del servicio, o de la obligación incumplida de la respectiva empresa, precisados en los artículos 11, numeral 1 (reglamentado por el Decreto Nacional 2668 de 1999), y 36 de la Ley 142 de 1.994, porque no se trata de una facultad en blanco que dicha entidad pueda ejercer a su arbitrio. Tal potestad supone para su ejercicio, en el caso de las multas (art. 81-2

---

efectividad de los derechos del consumidor; adelantar las acciones tendientes a asegurar que los servicios públicos se presten en términos de eficiencia y calidad; realizar acciones encaminadas a asegurar la plena satisfacción de los usuarios de los servicios públicos en general para que éstos se ajusten a los requisitos de calidad y a las normas dictadas por las respectivas autoridades. Ante estas circunstancias, considera la Corte que los "usuarios" de los servicios públicos domiciliarios que son aquellas personas naturales o jurídicas que se benefician con la prestación del servicio, bien como propietarios del inmueble en donde éste se presta, o como receptores directos del servicio, no resultan perjudicados ni desprotegidos por el retiro del ordenamiento del precepto acusado, pues tanto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como la Procuraduría General de la Nación y las Personerías Municipales cuentan con mecanismos apropiados para defender sus derechos en este campo».

<sup>345</sup> Dentro de los elementos característicos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se tienen los siguientes: «Ejerce una forma de aplicación inmediata y preventiva del derecho, por ello no puede confundir su actividad con la creación del derecho, ni con la función reguladora. Carece de competencia para declarar el derecho con efectos de cosa juzgada y por ello, no debe inmiscuirse en el ejercicio de la función judicial propia de los jueces en el Estado. Actúa como autoridad de prevención y de represión de las indisciplinas sectoriales, de allí su inmediatez y necesidad de eficacia. Tratándose de una potestad sancionatoria, su actuación está sometida en forma estricta a la aplicación del principio de la legalidad de las conductas sancionables. En todas sus actuaciones debe someterse al cumplimiento del debido proceso, regla constitucional derivada del artículo 29 de la Constitución Política, para las actuaciones administrativas. Es independiente y autónoma frente al ejercicio de otras modalidades de control, como son el fiscal, disciplinario, penal o de legalidad. Limita el ejercicio de sus funciones y no le es dable interferir en el ejercicio de otras modalidades de control o indebidamente invadir la órbita de los mismos. En uso del principio de legalidad de las conductas de los prestadores, como parte del debido proceso y del principio de función reglada de la administración, los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1.994, se ocupan expresamente de estos asuntos». ATEHORTUA, CARLOS. *El control en las empresas de servicios públicos domiciliarios*. Revista de derecho y economía "con-texto". N.º 21. Noviembre de 2.004. p.38.

ibídem), atender al “impacto de la infracción”, lo cual significa que el hecho que merece sanción debe estar previamente descrito en sus distintos elementos por la ley»<sup>346</sup>.

Así las cosas, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios debe sujetarse al principio de legalidad en todas sus actuaciones. Sus acciones están dirigidas a garantizar la eficiente prestación de los servicios, proteger a los usuarios, asegurar que la competencia se desarrolle en condiciones de

---

<sup>346</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 29 de abril de 2010. Expediente No. 2500023240000200300881 01. En el presente caso se estudia la solicitud de nulidad de unas resoluciones que imponen sanción a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P, por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La sanción la soporta la Superintendencia en desarrollo de la facultad contenida en el artículo 79 [...] de la ley 142 de 1994 y se dio en razón de la falta de respuesta oportuna a las peticiones, quejas, reclamos o recursos y a la ausencia de reconocimiento de los efectos del silencio administrativo positivo por parte de la empresa prestadora del servicio. Al respecto el Consejo de Estado señala: «El artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, fija el rango dentro del cual puede imponerse una sanción: "Artículo 81. Sanciones. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta: 81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. [...] La ETB reconoce que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios está facultada para imponer sanciones, pero siempre y cuando el hecho esté descrito como reprochable en una norma o encaje dentro del concepto de la falla en la prestación del servicio, aspecto con el que se encuentra de acuerdo la Sala, pues el principio de legalidad está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo de lo anterior, no se explica esta Corporación por qué la demandante da a entender que se le sancionó por un hecho no previsto legalmente, cuando es claro que lo fue por no haber atendido oportunamente las quejas de los usuarios, como lo prevé el artículo 79, numeral 25 de la Ley 142 de 1994, en los siguientes términos: "Artículo 79. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos. Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

“1

"25. Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios".[...] Corolario de lo expuesto es que la actuación administrativa que culminó con la expedición de los actos acusados respetó el debido proceso y el derecho de defensa de la parte actora, y que al no haber demostrado ante la Administración ni ante esta jurisdicción que atendió las peticiones a ella formuladas oportunamente, o que prestó eficientemente el servicio, o que resolvió los recursos en el término legal concedido para el efecto, debe entenderse ajustada a derecho la sanción a ella impuesta”.

igualdad y lealtad y en general desarrollar las funciones que taxativamente le han sido señaladas<sup>347</sup>.

---

<sup>347</sup> Artículo 13 Ley 689 de 2001. Modificase el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así: "Artículo 79. Funciones de la Superintendencia. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.
2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los "comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios"; y sancionar sus violaciones.
3. Dar conceptos, no obligatorios, a petición de parte interesada, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a los que se refiere esta ley; y hacer, a solicitud de todos los interesados, designaciones de personas que puedan colaborar en la mejor prestación de los servicios públicos o en la solución de controversias que puedan incidir en su prestación oportuna, cobertura o calidad.
4. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos, y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados.
5. Definir por vía general las tarifas de las contribuciones a las que se refiere el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, liquidar y cobrar a cada contribuyente lo que le corresponda.
6. Dar concepto a las Comisiones de Regulación y a los ministerios sobre las medidas que se estudien en relación con los servicios públicos.
7. Vigilar que los subsidios presupuestales que la Nación, los departamentos y los municipios destinan a las personas de menores ingresos, se utilicen en la forma prevista en las normas pertinentes.
8. Solicitar documentos, inclusive contables; y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.
9. Mantener un registro actualizado de las entidades que prestan los servicios públicos.
10. Tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en los casos y para los propósitos que contemplan el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones concordantes.
11. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes. El Superintendente podrá acordar con las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio, programas de gestión.
12. Adjudicar a las personas que iniciaron, impulsaron o colaboraron en un procedimiento administrativo, tendiente a corregir violaciones de las normas relacionadas especialmente con los servicios públicos, una parte de las multas a la que se refiere el numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, para resarcirlos por el tiempo, el esfuerzo y los gastos y costos en que hayan incurrido o por los perjuicios que se les hayan ocasionado. Las decisiones respectivas podrán ser consultadas a la Comisión de Regulación del servicio público de que se trate. Esta adjudicación será obligatoria cuando la violación haya consistido en el uso indebido o negligente de las facturas de servicios públicos, y la persona que inició o colaboró en el procedimiento haya sido el perjudicado. Reglamentado por la Resolución de SPD 6672 de 2004
13. Verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios.

- 
14. Definir por vía general la información que las empresas deben proporcionar sin costo al público; y señalar en concreto los valores que deben pagar las personas por la información especial que pidan a las empresas de servicios públicos, si no hay acuerdo entre el solicitante y la empresa.
  15. Organizar todos los servicios administrativos indispensables para el funcionamiento de la Superintendencia de Servicios Públicos.
  16. Señalar, de conformidad con la Constitución y la ley, los requisitos y condiciones para que los usuarios puedan solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley.
  17. En los términos previstos en el parágrafo del artículo 16 de la Ley 142 de 1994, determinar si la alternativa propuesta por los productores de servicios marginales no causa perjuicios a la comunidad, cuando haya servicios públicos disponibles de acueducto y saneamiento básico.
  18. Supervisar el cumplimiento del balance de control, en los términos del artículo 45 de la Ley 142 de 1994.
  19. Velar por la progresiva incorporación y aplicación del control interno en las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia. Para ello vigilará que se cumplan los criterios, evaluaciones, indicadores y modelos que definan las Comisiones de Regulación, y podrá apoyarse en otras entidades oficiales o particulares.
  20. Velar porque las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, contraten una auditoría externa permanente con personas privadas especializadas.
  21. Conceder o negar, mediante resolución motivada, el permiso a que se refiere el artículo 51 de la Ley 142 de 1994.
  22. Verificar la consistencia y la calidad de la información que sirve de base para efectuar la evaluación permanente de la gestión y resultados de las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, así como de aquella información del prestador de servicios públicos que esté contenida en el Sistema Único Información de los servicios públicos.
  23. Solicitar a los auditores externos la información indispensable para apoyar su función de control, inspección y vigilancia y para evaluar la gestión y resultados de las personas prestadoras de servicios públicos, conforme con los criterios, características, indicadores y modelos que definan las Comisiones de Regulación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley 142 de 1994.
  24. Eximir a las entidades que presten servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de contratar la auditoría externa con personas privadas especializadas en la forma y condiciones previstas en esta ley.
  25. Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.
  26. Dar traslado al Departamento Nacional de Planeación de la notificación que le efectúen los alcaldes en desarrollo de lo establecido en el artículo 101.3 de la Ley 142 de 1994.
  27. Pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión, en los términos del artículo 121 de la Ley 142 de 1994.
  28. Designar o contratar al liquidador de las empresas de servicios públicos.
  29. Resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley 142 de 1994.
  30. Emitir el concepto a que hace referencia el artículo 63 de la Ley 143 de 1994.
  31. Podrá ordenar en el acto administrativo que resuelva el recurso de apelación de que tratan los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, la devolución de los dineros que una empresa de servicios” públicos retenga sin justa causa a un usuario, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación de la decisión respectiva.
  32. Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.
  33. Todas las demás que le asigne la ley.
  34. Adicionado por el art. 96, Ley 1151 de 2007 [...]”

Dentro del ejercicio de defensa de los intereses de los usuarios de los SPD, la Superintendencia actúa como organismo de segunda instancia, cuando en subsidio del recurso de reposición los usuarios acuden a esta en apelación, con el fin de encontrar remedio a las situaciones que consideran lesivas a sus intereses, y van en contra de los lineamientos legales. Por regla general «se trata de los actos de negativa, suspensión, terminación, corte y facturación de los prestadores frente a los usuarios (art. 154), [...] de manera, si bien no idéntica, sí similar a aquellos que se pueden presentar frente a típicas entidades administrativas»<sup>348</sup>.

En consideración a la relación contractual establecida entre el prestador del SPD y el usuario, las directrices normativas conducen a materializar su protección<sup>349</sup>. Si bien es cierto la esfera del contrato no permite injerencia de otra parte distinta a los contratantes, en materia de SPD el Estado interviene

---

<sup>348</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2ª Edición. 2005. p. 221.

<sup>349</sup> «Esta nueva óptica de la relación que caracteriza la prestación de los servicios públicos llama indiscutiblemente la atención sobre el análisis de dicha prestación, de modo que pueda entenderse de manera coherente con su naturaleza de negocio jurídico, y también con el desarrollo y cumplimiento de las finalidades y deberes estatales, que como se ha señalado lo hacen responsable de la prestación de los servicios públicos. Luego de una simple apreciación de la relación operador – usuario podemos percibir un desequilibrio evidente: existe una parte que no puede obviar la prestación, por tratarse de servicios estrechamente conexos con sus necesidades básicas y su calidad de vida, por no hablar de derechos fundamentales de todo tipo; la otra parte, en cambio, puede verse afectada en términos económicos por la no celebración de un contrato pero de ningún modo necesita de la celebración del mismo para “sobrevivir” y poder desarrollarse dignamente en sociedad.

De otro lado, vale la pena llamar la atención sobre la dificultad que representa para el usuario la imposibilidad de contar con distintas opciones de operadores para contratar el servicio. De este modo las imperfecciones de un mercado que muchas veces no es abierto efectivamente a la competencia hacen más gravosa la situación de los usuarios y, por ende, desequilibrada la relación contractual de estos con los operadores. Deben acompañar entonces a la actividad de control y vigilancia desarrollada por el Estado unas normas dirigidas a complementar aquellas de naturaleza contractual y orientadas a proteger la situación de los usuarios. Así lo ha entendido nuestro texto político al establecer en el artículo 369 la necesidad de un “régimen de protección” a los usuarios de los servicios públicos [...] Finalmente, nos parece procedente llamar la atención sobre el reconocimiento de la absoluta compatibilidad entre normas dirigidas a la protección de los consumidores en general (ley 1480 de 2011), y normas de protección a los usuarios de servicios públicos de manera particular. Antes señalábamos la dimensión económica de la actividad de servicios públicos, y por consiguiente resultarían aplicables las normas dirigidas a proteger a los consumidores de bienes y servicios en desarrollo de este tipo de actividad. Las normas de protección a los usuarios de los servicios públicos pasarían entonces a ser especiales en consideración a la generalidad de aquellas, pero sin lugar a dudas necesarias». MONTAÑA, PLATA ALBERTO, *Op. cit.* pp. 108-112.

en esta relación con el propósito de establecer un equilibrio si bien no formal, por lo menos material, que le permita al usuario contar con herramientas para la defensa de sus intereses y la satisfacción de sus necesidades ante la contratación de determinado servicio. En este asunto la Superintendencia juega un papel relevante y por ende debe velar porque tales propósitos sean realmente alcanzables.

Hasta aquí tenemos un panorama general que nos permite una vez identificada la naturaleza propia del contrato de servicios públicos domiciliarios, establecer que este cuenta con unos mecanismos de control.

A partir de los postulados presentados en relación con la estructura de control en materia de SPD, a continuación se hará referencia especial al autocontrol, el control administrativo y el control judicial. Estos constituyen un elemento importante en relación con la prestación del servicio, en donde como se advirtió formalizada la misma a partir de la suscripción del respectivo contrato, su contenido y desarrollo debe ser objeto de revisión permanente a fin de evitar abusos o incumplimientos por cualquiera de las partes.

### **C. CONTROLES DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. PECULIARIDADES DEL MODELO COLOMBIANO**

Una variable importante en el tema de los servicios públicos domiciliarios, tanto en el aspecto teórico, como en el práctico, es la relacionada con la definición clara y objetiva del control que se ha de aplicar a los contratos, actos y relaciones existentes entre los prestadores y sus usuarios.

En Colombia<sup>350</sup>, el aporte normativo, doctrinal y jurisprudencial permite encontrar respuestas a interrogantes como: cuál, cómo y cuándo se debe aplicar un régimen de control a los contratos, actos y relaciones de prestadores y usuarios. Entre los elementos definitorios se tiene la naturaleza del prestador, si es privado, público o mixto; respecto de los contratos suscritos se revisa si contienen cláusulas de excepción o no, y otro tema está relacionado con la premisa de si los negocios litigiosos corresponden a la justicia ordinaria o jurisdicción contencioso administrativa, entre otros aspectos objeto de revisión para determinar el control correspondiente.

En desarrollo de los aspectos anteriormente descritos y a partir del **contrato** como la forma a través de la cual se formaliza la relación entre el prestador y el usuario, este se convierte en una herramienta de protección para las partes del mismo<sup>351</sup>. Este contrato previamente es objeto de verificación de su contenido por parte de la Comisión de Regulación del servicio respectivo, y frente a su ejecución y desarrollo, es vigilado y controlado por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Además de la tarea que le corresponde a estos dos organismos: las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos

---

<sup>350</sup> «El Estado interviene y ejerce mediante diferentes mecanismos control sobre los contratos, actos y relaciones en torno a los servicios públicos domiciliarios, para garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final, permitir la ampliación permanente de la cobertura, mediante sistemas que compensen la insuficiencia de pago de los usuarios, dar atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas, garantizar la prestación continua, eficiente e ininterrumpida de la totalidad de servicios categorizados bajo esta denominación, asegurar la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante, brindar mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios, y establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad». ATEHORTUA, CARLOS. *El control en las empresas de servicios públicos domiciliarios*. Revista de derecho y economía "Con-texto". N. ° 21. Noviembre de 2.004. p.20.

<sup>351</sup> “A pesar de que en Colombia se adoptó, en la ley 142 de 1994, el sistema de relación contractual a través de la celebración de contratos de condiciones uniformes entre la empresa y sus usuarios, ese contrato no obedece simplemente a la autonomía de la voluntad y la libertad sino que, se encuentra intervenido en disposiciones como las contenidas en el artículo 133 de la misma ley, que impiden que en el contrato se pacten cláusulas que permitan el abuso de la posición dominante del prestador del servicio frente a los usuarios [...]”. ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO, *Op. cit.* pp. 176-179.

Domiciliarios como representantes del Estado, se debe tener en cuenta la intervención de otros agentes en el ejercicio de controles eficientes y efectivos en las diferentes instancias del contrato, esto es, en la formación, desarrollo y ejecución del mismo<sup>352</sup>.

De ahí que resulte de especial interés abordar el estudio de los controles al contrato de SPD. Los elementos que distinguen el contrato de servicios públicos domiciliarios son susceptibles de revisión permanente a través de los mecanismos dispuestos para ello, con el fin de exigir su cumplimiento de acuerdo a las condiciones pactadas, y más que eso, conforme a la realidad que envuelve la prestación de determinado servicio.

En ese orden de ideas se abordará el tema correspondiente a las formas de control al contrato. Para ello es necesario tener en cuenta las diferentes situaciones fácticas a fin de determinar el control a aplicar en cada una de ellas. Posteriormente será objeto de estudio el ámbito de competencia económica de los servicios públicos, dada su naturaleza que es la de ser

---

<sup>352</sup> La necesidad de controles se evidencia en situaciones como las que a continuación se describen: «las empresas utilizan las condiciones generales de los contratos en ocasiones con otro fin: mejorar su posición contractual con respecto a la normal distribución de cargas y derechos prevista legalmente, desplazando riesgos y obligaciones hacia sus clientes o arrogándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartida alguna para los adherentes. Aprovechando la necesidad de contratar con formularios uniformes, se introducen cláusulas novedosas (novedosas con relación a su regulación dispositiva) cuyo fin no es alcanzar un modelo de contrato más eficiente, un nuevo tipo contractual o una redistribución de cargas y derechos más acorde con la función del negocio, sino reducir los costes e incrementar los beneficios del empresario, así como asegurarse una posición de prevalencia en la relación, de modo que toda iniciativa del adherente quede eliminada, sometida a la voluntad del empresario. Así, no sólo se utilizan las condiciones generales para racionalizar, agilizar y abaratar la contratación y perfeccionar la organización institucional de la empresa, sino también para fortalecer su posición jurídica en el contrato, limitando sus obligaciones y responsabilidades y asegurando y extralimitando sus derechos de modo injusto, contrariando a la equidad, la buena fe y a las legítimas expectativas de los adherentes, que se ven privados de derechos que habría que suponer implícitos en el tipo contractual, o abrumados con cargas insospechadas, por exorbitantes al contrato formado, etc. Los predisponentes se aprovechan de que en esta nueva forma de contratación no cabe ningún tipo de negociación, de que no es posible alterar las cláusulas pre redactadas, de que la única opción es tomar o dejar lo que se ofrece –hasta el punto de que a nadie se le ocurriría intentar una modificación de su contenido, puesto que se sabe de antemano que es inmutable–, para maximizar sus beneficios y reafirmar su posición de predominio en la relación, negando toda trascendencia jurídica al desequilibrio contractual originado». RENGIFO, GARCÍA ERNESTO, *Op. cit.* pp. 199-200.



onerosos; y finalmente, se desarrollará el tema de la esfera de acción del Estado, todo ello con el ánimo de resaltar bajo estrictos presupuestos constitucionales y normativos, el decidido rol del Estado en la construcción material de los SPD.

### **C.1 NECESIDAD DE CONTROL AL CONTRATO DE SPD**

Tal como se expuso en líneas precedentes, hoy, teniendo en cuenta *la realidad y la aplicación de este tipo de contratos de adhesión a condiciones generales a numerosos negocios*, [...] «la justicia del contrato ya no está garantizada por el consentimiento de las partes. A la luz del derecho contractual tradicional, la justicia interna del contrato se dejaba a las partes en la medida en que ellas intervenían no solamente en la celebración del contrato, sino en su configuración. El contrato, desde una perspectiva individualista, estaba protegido por la voluntad individual, por la autonomía privada de los celebrantes. La autonomía privada era el mejor medio de protección de los intereses privados. Hoy día, sin embargo, la preocupación central del derecho contractual no puede ser la protección de los vicios del consentimiento, de los clásicos vicios de la voluntad, sino controlar el contenido del contrato para excluir aquellas cláusulas que vayan en contra del principio de la buena fe o de la exigencia de la adecuación de las prestaciones»<sup>353</sup>.

La inseguridad que genera los contratos de adhesión a condiciones generales para quienes se adhieren a estos, de cierta manera ha encendido las alarmas hacia la protección de la parte débil. Tanto en Colombia como en otros países con disposiciones afines (Argentina, Chile, Perú, España, entre otros, respecto de las consecuencias en relación con el contrato de adhesión), se tiene que ante la duda u oscuridad respecto de lo estipulado en

---

<sup>353</sup> *Ibíd.* Pág. 201-202.

el contrato, se interpretará la misma a favor del adherente, en todos los casos sin excepción alguna.

En este punto es importante resaltar el deber de transparencia aplicable a los contratos, situación que cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que una de la partes establece el contenido; no obstante, «no se pueden eludir las normas del derecho dispositivo, sustituyéndolas por otras que otorgan unas claras ventajas a la parte que las establece. De ahí que se afirme que el derecho dispositivo deviene obligatorio en relación con las condiciones generales de los contratos. En efecto, se ha considerado que el derecho dispositivo es norma imperativa en los contratos de adhesión»<sup>354</sup>.

Correlativamente a la necesidad de seguimiento de unos mínimos para lograr una justicia material en el contrato de SPD se hace necesario tener en cuenta que esto obedece a la preocupación de protección del consumidor, para nuestro caso específico de los usuarios, personas a quienes se dirige el contenido contractual<sup>355</sup>.

Además de lo anterior es preciso anotar que «hoy se acepta que la indiscutible legalidad en los contratos de adhesión formal que se presenta entre los contratantes consiste en la simple posibilidad de consentir o no en la celebración del contrato, lo cual no oculta, ni elimina la desigualdad de hecho que hay entre ellos; y también se reconoce que en virtud de vivir diversas circunstancias de desigualdad real y hasta de estado de necesidad,

---

<sup>354</sup>Ibídem. Pág. 192.

<sup>355</sup> «La jurisprudencia se lanza a la interpretación más acorde al tiempo actual, adaptando las reglas tradicionales del derecho para proteger a la parte débil. La rama ejecutiva crea organismos y mecanismos para hacer efectiva la protección en todos los niveles. La doctrina se despidió de las discusiones contractualistas o reglamentarias y de las naturalezas jurídicas, para buscar verdaderas soluciones en el derecho de los contratos, propugnando su reforma y adecuación. Nuestra jurisprudencia ha venido evolucionando para abrir espacio a una interpretación que tienda a hacer más justo el contenido del contrato». ARRUBLA, PAUCAR JAIME ALBERTO y otros. *Regulación Financiera y Bursátil y Derechos del Consumidor*. 1º edición, Biblioteca Jurídica DIKE, 2007, Colombia. p. 200.

puede resultar comprometida la libertad de quien contrata sujeto total o parcialmente a condiciones generales. Así las cosas y superados los excesos de quienes desconocían el carácter contractual de aquellos contratos que implicaban adhesión y de quienes también negaban dicha naturaleza a las propias condiciones generales, es indiscutible la necesidad de introducir restricciones a tales condiciones para que no se impongan condiciones que libremente no habrían sido aceptadas por un contratante diligente y cuyo poder real de negociación le permitiera disentir»<sup>356</sup>.

Al involucrar intereses bilaterales, los contratos requieren de alguna forma de control con el fin de garantizar la satisfacción de las necesidades que llevaron a la celebración del mismo. Si bien, el hecho que se trate de contratos de adhesión *per se* no significa desconocimiento de los derechos de la parte adherente, si, de una u otra manera se pueden convertir en escenario de prácticas abusivas, las cuales necesariamente deben ser limitadas, puesto que no contribuyen a la consolidación de los intereses colectivos, de prestación eficiente, en condiciones de idoneidad, calidad, equidad, en una sociedad ávida de contar con los mismos para su desarrollo en condiciones dignas, y así materializar el sentido de Estado Social de Derecho que se le da a Colombia, en la Constitución Política de 1991.

Es necesario precisar que el control no es una tarea que le corresponda únicamente al Estado. En materia de SPD se ha incluido en este rol a los usuarios quienes en ejercicio del control ciudadano sobre la gestión de los prestadores, pueden hacer parte de los Comités de Desarrollo y Control Social, cuyo propósito está cimentado en el mejoramiento empresarial, aumento de la cobertura y calidad de los servicios, bases que soportan la finalidad social de estos servicios.

---

<sup>356</sup> PINZÓN, SÁNCHEZ JORGE. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. Volumen IX. Diciembre de 1995, p. 79.

Aunado a lo anterior los usuarios de los SPD también tienen bajo su responsabilidad hacer seguimiento del cumplimiento de los deberes que tiene el Estado en el sentido de emplear la diligencia y cuidados necesarios para permitir que los contratos a suscribir por los usuarios, no lesionen sus intereses, y que los prestadores, cumplan a cabalidad su propósito de funcionamiento en cumplimiento de sus expectativas de mercado<sup>357</sup>.

Justamente esta necesidad de hacer realidad la premisa de que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, hace que empiece a entenderse la importancia de las diferentes formas de control al contrato de SPD, tema que será objeto de estudio a continuación.

## **C.2 DIFERENTES FORMAS DE CONTROL AL CONTRATO DE SPD**

Es necesario establecer límites a los posibles abusos que a través de los contratos de SPD se puedan presentar, para ello se analizará la influencia del Estado en la tarea de prevención y represión frente a estas prácticas.

En este punto cobra especial interés la determinación de la actividad económica en el Estado Colombiano teniendo en cuenta que se abre la posibilidad para que haya competencia entre los diferentes prestadores de los SPD.

A partir de dos elementos importantes se establecen las diferentes formas de control, que se trata de un servicio público, y que el tema encuentra

---

<sup>357</sup> «La administración se encuentra sometida al principio de legalidad, lo cual supone que los actos administrativos que ella expida deben adecuarse o estar conformes con el ordenamiento jurídico. La observancia del principio de legalidad, aun cuando es un deber de la administración, no siempre es acatado por ésta. Por tal razón, se le otorga a los administrados el derecho de utilizar ciertos mecanismos, a través de los cuales ejercen un control de legalidad sobre sus decisiones. Dichos mecanismos se utilizan, bien en sede administrativa o jurisdiccional». Sentencia S-701 de 1997 ya referida en este texto.

desarrollo en el título XII de la Constitución Política —Del régimen económico y de la hacienda pública<sup>358</sup>—, situación que le da unas características especiales en materia de control.

Valga señalar con relación a lo mencionado, que la libertad económica no es absoluta. Corresponde al Estado establecer las regulaciones tendientes a permitir el ejercicio de las actividades económicas dentro de propósitos de lealtad, *igualdad y solidaridad* de los distintos agentes económicos, con miras a la satisfacción de los intereses de los usuarios de los SPD. Todo ello en ejercicio de las políticas generales de administración y control de eficiencia atribuidas al Presidente de la República (art. 370 C.P.)<sup>359</sup>.

La jurisprudencia constitucional respecto del ejercicio de la libertad económica señala el “bien común”, como un límite, teniendo en cuenta la finalidad en la prestación de estos servicios. La satisfacción del interés

---

<sup>358</sup> «Pese a la consideración genérica de “servicios públicos” contenida en el artículo 365 de la Constitución Política, no puede en momento alguno entenderse esta como extensiva a todas aquellas actividades que han sido comprendidas bajo esta categoría tradicionalmente en la experiencia colombiana. [...] Nuestra Corte Constitucional ha [...] llamado la atención al monopolio del Estado tratándose de la prestación de algunos servicios públicos, confirmada con la posibilidad que conserva el Estado de convertirlos en monopolio; el mismo artículo 365 establece: “si por razones de soberanía o interés social, el Estado mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”. “Una de las innovaciones a nuestro juicio más trascendentales introducidas por nuestro texto político en materia de libertad económica privada, es la extensión de esta a algunas actividades tradicionalmente no consideradas bajo esta connotación. Algunos servicios públicos sin lugar a dudas han adquirido a partir de 1991 una connotación económica que antes no poseían y que da lugar a múltiples consecuencias y consideraciones. [...] Son entonces los servicios públicos una actividad económica a partir de nuestra realidad constitucional; esta situación trae consigo consecuencias importantes, como la garantía de la iniciativa económica de todos aquellos sujetos que pretendan intervenir en esta actividad en el marco de la normatividad vigente». MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de 1991*. Revista de Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia. Número 14. Junio de 2003, pp. 197-204.

<sup>359</sup> El artículo 370 de la Constitución Política se refiere exclusivamente a una categoría específica de servicios públicos, los servicios públicos domiciliarios. Sobre el alcance de esta expresión y su relación con las funciones de regulación que parecieran propias del Presidente de la República, resulta trascendental la Sentencia de la Corte Constitucional, C-1162 de 2000 - cit 55.

general<sup>360</sup> y el mejoramiento de la calidad de vida,<sup>361</sup> forman parte del desarrollo de principios constitucionales en el contexto del Estado Social de Derecho,<sup>362</sup> y además se relacionan con el proceso de reivindicación de los derechos de los usuarios.

---

<sup>360</sup> Sentencia C- 265 de 1994 – Expediente: D- 464. Se presentó demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12 y 38 (parcial) de la Ley 44 de 1993. «Estas materias económicas constituyen entonces precisamente el ámbito en donde el interés general prima con claridad sobre el interés particular (C.P art 1 y 58), puesto que sólo limitando, de manera razonable y proporcional, las libertades económicas, puede el Estado contribuir a realizar un "orden político, económico y social" justo (preámbulo) y a hacer efectivos los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos prestacionales de las personas. Al respecto esta Corporación ya había establecido que es dentro de ese marco valorativo que deben ser interpretadas las normas constitucionales reguladoras de la actividad económica».

<sup>361</sup> Sentencia T- 028 de 1994 - Expediente No. T-19746. Se demanda en acción de tutela por parte de la accionante el hecho que los vecinos instalaron en la casa colindante una fábrica de cajas de madera donde operan máquinas destinadas al corte de madera las cuales producen un enorme ruido que, según la accionante, está afectando seriamente los órganos auditivos, la paz, la tranquilidad, el sosiego y la higiene suyos y de las personas que con ella conviven. Por otra parte, la peticionaria señala que, además del ruido producido por las máquinas y el corte de maderas, los trabajadores de la fábrica descargan en forma violenta los toletes de madera sobre el muro divisorio existente entre su casa y la mencionada fábrica, lo cual causa, junto con el funcionamiento de las máquinas, agrietamientos en las paredes de su casa. Sostiene también que la vía de acceso a su casa se encuentra frecuentemente obstruida por los camiones que permanentemente cargan y descargan la madera. Además se encuentran residuos de aserrín y otros desechos que se constituyen en foco de concentración de hormigas y otros insectos. Al respecto en cuanto al tema que ocupa nuestra atención la Corte sostuvo: «La libertad económica y de empresa son posibles, siempre y cuando no atenten contra las condiciones de la vida social mediante las cuales los hombres procuran su propia perfección -esto es, el mejoramiento de su calidad de vida-, a través del respeto y el acatamiento de los derechos y deberes de unos y otros».

<sup>362</sup> Sentencia C- 524 de 1995 - Expediente No. D-920. Demanda contra el artículo 19 de la ley 30 de 1986, por infringir el preámbulo y los artículos 1, 2, 78 y 83 de la Constitución. «Con respecto de las limitaciones que según nuestro Estatuto Supremo se permite imponer a la libertad económica, ha dicho la Corte que “en el marco de un Estado Social de Derecho (CP art.1), fundado en la dirección general de la economía por parte del Estado (CP art.334), -tal libertad- está sometida a limitaciones potenciales más severas que las otras libertades y derechos constitucionales”, pues como se dejó establecido en pronunciamiento anterior, "la Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribire todo dirigismo en materia política, ética o intelectual" y, en consecuencia, debe hacerse una interpretación más amplia de las facultades regulatorias del Estado en relación con las libertades económicas "por cuanto la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias». En este mismo sentido se trae a colación lo señalado en la sentencia C- 332 de 2000 - Expediente D-2565 [...] «Los límites constitucionales a la libertad económica y a la libre competencia que, por razón de la prevalencia del bien común, del interés público y de la protección de los usuarios financieros, justifican que se prohíba a las instituciones financieras y aseguradoras, transferir el valor de la propaganda comercial por incentivos al ahorrador o usuario del producto o servicio promocionado. En sentir de esta Corte, la prohibición de trasladar los costos de las promociones por incentivos a los usuarios o ahorradores, es el resultado no del desconocimiento de la libertad económica y de la libre competencia, sino de los límites que a los

Atendiendo a esta realidad económica dentro de la cual queda inmersa la actividad de los SPD que cuenta con un instrumento de consolidación del querer de los usuarios, para efectos del control – el contrato, «[...] se debe entender a estos [usuarios], como la parte más importante de las relaciones que se forman en la prestación de los servicios públicos, para ser tenida en cuenta por las instancias públicas en el momento de intervenir a través de normas, actividades de servicios públicos; se voltea la atención a las particulares condiciones de los usuarios de los SPD y a la efectiva satisfacción de sus derechos contractuales y reglamentarios, permitiendo de este modo un satisfactorio desarrollo de buena parte de las finalidades públicas involucradas con los servicios públicos, así como una efectiva garantía del ejercicio del derecho de la libertad económica privada a propósito de una actividad ampliamente rentable, pero también estrechamente vinculada con los fines y la razón de ser del Estado»<sup>363</sup>.

En ejercicio de la protección de las partes intervinientes en el contrato se establecen las diferentes formas de control como una herramienta que permite entre otros aspectos, determinar el «alcance de las cláusulas aplicadas por los empresarios y que forman parte de las condiciones uniformes impuestas en los contratos de servicios públicos, punto central de

---

derechos económicos imponen la protección del interés general, la prevalencia del bien común y el deber para las autoridades de proteger los intereses de los consumidores -en este caso, representados por los usuarios de los servicios financieros- que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, de los que emanan límites y condicionamientos constitucionalmente válidos a su ejercicio. Esta Corte reitera que no es constitucionalmente de recibo, aducir el derecho a la propiedad privada, la libre iniciativa privada, la libertad económica, la libertad de empresa y el derecho a la libre competencia económica como si se tratase de barreras infranqueables que pudiesen impedir la eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que salvaguarden los intereses de los usuarios de los servicios financieros y aseguradores, pues, ciertamente, el que las empresas financieras y aseguradoras gocen de la posición dominante, puede propiciar desequilibrios que las autoridades deben precaver, en cumplimiento del deber de prevenir abusos que puedan afectarlos, de hacer efectiva la prevalencia del interés público, de salvaguardar los consumidores y de construir un orden justo».

<sup>363</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de 1991*. Revista de Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia. Número 14. Junio de 2003, p. 204.

la regulación»<sup>364</sup>. Aquí aparece en el escenario jurídico el tema referido a las cláusulas abusivas.

En relación con las cláusulas abusivas se señala que existe una enumeración legal, no taxativa, en el art. 133 de la ley 142 de 1994 (cuya denominación textual es la de situaciones de abuso de posición dominante, no obstante como ya se advirtió líneas atrás este término es impreciso para el asunto objeto de estudio). En el evento en que se incluya cualquiera de ellas se estaría incurriendo en un abuso por parte de la empresa que las incorpora llevando a la declaratoria de nulidad de la cláusula así agregada, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo citado<sup>365</sup>.

A su vez la ley 1480 de 2011 enuncia una lista en el capítulo III que, en caso de ser incluidas en el contrato, genera la ineficacia de pleno derecho de la cláusula, situación que conlleva la revisión del contrato dependiendo de la injerencia de la cláusula considerada como abusiva en el cumplimiento de lo pactado.

De ahí la necesidad de revisión de las diferentes formas de control al contrato de SPD, ya que no obstante estar sujeto a las reglas generales de la contratación, posee unas características propias que merecen especial atención.

Frente al contrato de servicios públicos domiciliarios se pueden identificar varias formas de control; no obstante en este caso revisaremos tres de

---

<sup>364</sup> PINZÓN, SÁNCHEZ JORGE. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. Volumen IX. Diciembre de 1995, p. 99.

<sup>365</sup> Art. 133 Ley 142 de 1994 inciso final: “La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado”.



ellas<sup>366</sup>: **el autocontrol**, que se refiere al control efectuado por la misma empresa<sup>367</sup>; **el control administrativo**, a través del cual una autoridad de este carácter, para nuestro caso específico las Comisiones de Regulación - presentan los lineamientos que deben seguirse en el contenido de los contratos-, y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios -que vigila y controla el cumplimiento de los contratos de SPD-; y por último **el control judicial**, que hace referencia al papel del juez al momento de tomar una decisión en torno a las diferencias de las partes frente al contrato.

Estos tres controles se podrían ver dentro del marco normativo como el “deber ser”, sin embargo es importante estudiar cada uno de ellos, con el fin de identificar su papel en el modelo colombiano.

Al hacer mención de los controles surgen tantas posiciones como clasificaciones existen sin que estas sean excluyentes; sin embargo, en el presente trabajo tomaremos como referencia las formas de control ya enunciadas, iniciando por el **auto-control**, que se refiere al control empresarial<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Se identifican estas tres formas de control en el entendido que en ellas se abarcan las demás que tienen relación directa con el contrato, situación específica objeto de estudio en el presente capítulo.

<sup>367</sup> En algunas normativas como la Española referida a la Legislación Consolidada sobre Condiciones Generales de Contratación, con el objeto de prevenir la inmersión de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores desarrolla el “control de inclusión”. “A través de este se busca consolidar varios procedimientos a cargo del predisponente, como: – redactar los contratos en lenguaje claro y comprensible – de tal manera que el consumidor pueda tener la posibilidad real de tomar conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor. Los requisitos que deben cumplir la CGC en cumplimiento de este control pueden sintetizarse en dos: accesibilidad y comprensibilidad”. ROSILLO, FAIRÉN ALEJANDRO. *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. 1ª edición. Junio 2010. Edita: LA LEY. España. pp, 103- 108.

<sup>368</sup> «...El artículo 45 de la ley 142 de 1994 pone de manifiesto que el propósito esencial del control empresarial es hacer coincidir los objetivos de quienes prestan servicios públicos con sus fines sociales y su mejoramiento estructural, de forma que se establezcan criterios claros que permitan evaluar sus resultados. Control que conforme a la misma perspectiva debe lograr un balance, integrando los instrumentos existentes en materia de vigilancia, y armonizando la participación de las diferentes instancias de control». SANCHEZ, LUQUE GUILLERMO. *Interpretación de los fallos de constitucionalidad colombiana: el caso de las auditorías externas de gestión en servicios públicos domiciliarios*. Diciembre de 2008. p.352

Dentro de los fines del Estado está la prestación de los servicios públicos, ejercicio que debe llevarse a cabo en condiciones de eficiencia con miras a la satisfacción del interés general. En este orden de ideas y con la intención de garantizar el alcance de dicho propósito, en un primer momento los prestadores tienen el deber de ejercer el auto-control frente al servicio que ofrecen.

Con esta medida se busca que los prestadores de SPD en forma inicial realicen la revisión de sus propios actos. Dentro de estos de manera especial el referido al contrato de SPD. En este punto debe velar porque los presupuestos de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, autonomía de la voluntad y buena fe, sean explícitos en la oportunidad mediante la cual inicia la relación entre prestador y usuario.

Aunado a lo anterior, “de manera primigenia los prestadores tienen la responsabilidad de dar cumplimiento a las exigencias de debida información del contenido del contrato a los potenciales usuarios. Tal exigencia se realiza con la finalidad de lograr la efectiva concientización de los compromisos adquiridos con la suscripción del mismo, situación que va a garantizar al usuario no solo tener presente las reglas de juego a que se somete, sino también a la empresa, ya que por su parte garantizará en mayor medida el cumplimiento de las responsabilidades del usuario, pues previamente se ha tenido, si bien el espacio no de discusión, sí, de revisión del contenido del íter contractual”<sup>369</sup>.

---

<sup>369</sup> «El cumplimiento de requisitos formales se sitúa en la etapa de formación del consentimiento con la finalidad de proporcionar al adherente información suficiente para tomar decisiones racionales desde el punto de vista económico. Se trata de otorgar transparencia a la inclusión de condiciones generales al contrato y reconocer el efectivo derecho de los adherentes a rechazar la celebración del acto jurídico. Si bien el precepto propuesto carece de relevancia para el control de cláusulas abusivas en la etapa de formación del contrato por no ser congruentes con la forma en que se perfeccionan los contratos con contenido predispuesto, y no tener incidencia en la aceptación o adhesión de un contratante medio a las condiciones generales, puede tener importancia desde otra perspectiva. Las reglas de transparencia y claridad deben centrarse en una labor más modesta que aquella que le otorga la ley, y fijarse no en la

El auto-control debe ser entendido en el contexto de un Estado caracterizado por reglas de mercado imperfecto, lo que hace que este se realice dentro de unos límites, lo cual no implica que sea con desconocimiento de los derechos de las partes contratantes. En este estado de cosas cobra especial relevancia el tema de la regulación que «[...] en general hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Cuando este funciona, no hay mejor regulación, determina cantidades, asigna precios, impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes a él concurren y el Estado lo único que tiene que hacer es mantener el orden y la seguridad, hacer que se cumplan los contratos y – en algunos mercados asimétricos – proteger al consumidor. Así, pues, la regulación – en especial, la regulación económica – es por definición un sustitutivo del mercado»<sup>370</sup>.

---

perfección del contrato sino en la fase de ejecución del mismo. Dichas reglas deben cumplir una función de publicidad. En efecto, las obligaciones de claridad y transparencia en la redacción de los contratos por adhesión reviste importancia durante la vida del contrato. Estas reglas dan la posibilidad al contratante débil de conocer su situación jurídica y comprender a cabalidad sus derechos y obligaciones consignados en el documento contractual que se encuentra a su disposición. Es en este momento donde puede resultar útil y necesario que el adherente cuente con el instrumento contractual y que se encuentre en posición de entender su tenor literal». PIZARRO, WILSON CARLOS. *La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno*. Revista Estudios Socio-Jurídicos 6: 2004; pp. 117-141.

<sup>370</sup> «El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella. Por tanto, los aspectos fundamentales a los que se tiene que orientar son dos: garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad – precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer. En la medida en que, para obtener estos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación. [...] En efecto, la energía, el transporte, las telecomunicaciones o el sistema financiero estarán siempre regulados. La importancia social de tales actividades, la asimetría de posiciones entre empresas y usuarios, la dificultad de crear un mercado abierto y transparente, las limitaciones técnicas y otros factores, así lo exigen. Pero la regulación, tal como hasta ahora la conocemos, ha acreditado igualmente sus incapacidades y sus fracasos. Por tanto, la búsqueda del mejor medio para alcanzar el objetivo de la eficiencia económica y el buen servicio al ciudadano no se plantea como un dilema entre competencia perfecta, que es imposible, “vs” regulación perfecta, igualmente inalcanzable. La reforma ha de consistir precisamente en esto: en introducir una mayor competencia en aquellos aspectos o actividades en que esta sea posible y en revisar o reformar el sentido de la regulación orientándola a la re-creación del mercado. [...] El mercado tiene muchas ventajas, pero para que este exista y funcione con corrección, es preciso en muchos casos que el Estado cree un sistema jurídico – institucional adecuado. Los campos en los que se desarrollaron con preferencia las empresas públicas (las “*utilities*” y otros sectores como la banca, bolsa, seguros, explotación de recursos naturales, etc...), no son mercados perfectos, sino lo contrario; exigen para entrar grandes inversiones, la oferta y la demanda son rígidas, la información es muy desigual y, en definitiva, la competencia es escasa y son fáciles de articular organizaciones monopólicas y

En Colombia con el objeto de asegurar la prestación eficiente de los SPD en todo el territorio nacional, se establece la regulación control y vigilancia de los contratos por medio de los cuales se formaliza como se ha advertido la relación prestador – usuario. No queda al arbitrio del prestador establecer condiciones de manera unilateral, a él le son dados unos lineamientos de desenvolvimiento, con el objeto de asegurar por parte del Estado que quienes se dediquen a la prestación de determinado servicio lo hagan en condiciones similares.

Los prestadores deben velar porque al interior de los contratos puestos a disposición de los usuarios se respeten los mínimos establecidos por los organismos estatales<sup>371</sup>. Se ha señalado que estos lineamientos son definidos con el fin de alcanzar la eficiencia en la prestación del servicio, con criterios de regularidad, generalidad, uniformidad, continuidad y obligatoriedad, por lo tanto, en la práctica actual las empresas respecto del auto-control revisan el contenido del contrato verificando que las condiciones especificadas sean evidenciadas en el mismo.

Por su parte el **control administrativo**, se refiere al que se «realiza de forma previa cuando a las entidades gubernamentales de cada país, se les confiere autoridad para vigilar determinadas actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado, como lo son las actividades bursátil, aseguradora, financiera o la de servicios públicos domiciliarios. En estos casos, los contratos que se han de presentar al

---

oligopólicas, claramente dañinas para el conjunto de la sociedad. Solo cuando el Estado asume sus funciones de creación de un marco institucional que impone limitaciones y deberes de hacer a aquellos que actúan en estos sectores, puede originarse un mercado, imperfecto si se quiere, pero más eficiente que la gestión pública monopólica hasta ahora existente. Por lo tanto, el remedio no está en acabar con ellos, que es lo que hace la regulación administrativa al viejo estilo, sino en defenderlos y protegerlos frente a los transgresores». ARIÑO, ORTÍZ GASPAR; DE LA CUÉTARA JUAN MIGUEL; DEL GUAYO CASTIELLA IÑIGO. *Regulación Económica*. Editorial Aranzadi S.A., Madrid, 2012. pp. 111 - 114

<sup>371</sup> Se hace referencia en este sentido a las Comisiones de Regulación y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dentro del campo de acción que a cada uno de ellos compete.

público de manera predeterminada deben ser previamente aceptados por las mismas. Aquí, se establece de manera *ex ante* qué cláusulas no deben siquiera ser pactadas». <sup>372</sup>

De lo anterior se colige, que «el control administrativo se presenta con el fin de revisar qué cláusulas dentro del contrato deben o no ser pactadas, en búsqueda de un equilibrio de las partes en el aspecto material del contrato» <sup>373</sup>, pues se parte de la existencia de una parte débil que se denomina usuario para el caso de los SPD y una empresa, que ejerce una posición de predominio, y que es el predisponente.

Con el fin de lograr que la realización de los derechos de los usuarios sea efectiva y no quede solo en postulados que no cobran fuerza en la práctica, se establece esta forma de control mediante la cual se destaca «la responsabilidad del Estado en cuanto a la puesta en funcionamiento de esta forma de contratación en relación con la prestación de un servicio público, dirigida a la obligación de la revisión del contenido del contrato» <sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> ECHEVERRI, SALAZAR MARÍA VERÓNICA. *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. Septiembre 09 de 2011. p. 137.

<sup>373</sup> “La ventaja que presenta establecer un control administrativo *ex ante*, el cual debería sumarse al control represivo, radica en el mayor conocimiento de los órganos administrativos por sectores especiales para determinar cuáles son las cláusulas abusivas específicas que se verifican en el mercado contractual. Pero, sobre todo, el control preventivo o administrativo permite convocar la negociación entre los diversos actores de la contratación en masa y determinar qué cláusulas no debieran ni siquiera aparecer en los contratos, a fin de evitar la existencia de cláusulas abusivas sin necesidad de incurrir en los costos del control represivo”. PIZARRO, WILSON CARLOS. *Op. Cit.*, pp. 117-141.

<sup>374</sup> “Siendo las cláusulas abusivas un tema de revisión frente al contenido del íter contractual, el control administrativo que debe darse con el fin de remediar la presencia de estas se realiza, en forma preventiva, debe contemplar que en este punto le cabe a la administración pública la responsabilidad de verificar el contenido de las cláusulas generales de la contratación, actividad que puede lograrse mediante un acto normativo general (dación de un reglamento), o mediante un acto normativo concreto (imponiendo las normas particulares que regularán los contratos celebrados por una determinada empresa); asimismo, la autoridad administrativa puede controlar las cláusulas abusivas mediante la aprobación de cláusulas generales de contratación formuladas por una empresa o persona natural que desea ofrecer sus bienes o servicios a la masa consumidora mediante la concertación de contratos predispuestos”. SOTO, COAGUILA CARLOS. *Las cláusulas generales de la contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. Vniversitas Diciembre, número 106. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia p.591.

A efectos de presentar la forma como se evidencia este control administrativo, interesa precisar que hay posiciones que se niegan a reconocer su existencia en la práctica real<sup>375</sup>. No obstante, existen otras posturas que apuntan a indicar que, “la responsabilidad del Estado”<sup>376</sup> “en materia de servicios públicos que se deriva del texto constitucional”<sup>377</sup>, lleva implícita la obligación de éste, de establecer una estructura administrativa, que se encargue de dar eficaz desarrollo de sus funciones. “Esta estructura en el modelo colombiano, a diferencia de otros ordenamientos”<sup>378</sup> se encuentra dividida en razón de las funciones de inspección, control y vigilancia por una parte y la regulación por la otra.

---

<sup>375</sup> “No se ha previsto en la ley 142 un *control administrativo* sobre las condiciones uniformes de esta clase de contratos, como el existente en materia de pólizas de seguros, contratos de depósito de ahorro y contratos fiduciarios. Sobre la conveniencia de dichos controles administrativos existen en Colombia opiniones encontradas; y mientras que por una parte se resaltan sus bondades teniendo en cuenta el caso específico de algunas superintendencias, se destacan también por la otra las influencias de tipo político que pueden afectar dicho control, así como el riesgo de que se ocasionen demoras en medio de trámites burocráticos que frenen indebidamente el tráfico. Este aspecto negativo del control administrativo implica un mayor costo de transacción que se agrava en la corrupción administrativa generalizada en el mundo entero y con la existencia en países iberoamericanos como Colombia de amplios sectores informales, aislados de la economía “legal” en parte como consecuencia de tales controles, cuya arbitraria exuberancia y frondosidad ha sido tal que en la disposición constitucional – el ya citado artículo 333 – que establece el principio de libre iniciativa privada, se añadió imperativamente que para su ejercicio “... nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos sin autorización de la ley.” PINZÓN, SÁNCHEZ JORGE. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. Volumen IX. Diciembre de 1995, p. 99.

<sup>376</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de servicios públicos*. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho y Economía Contexto. No. 14. Septiembre de 2002, p. 51.

<sup>377</sup> La no necesaria prestación directa de los servicios públicos por parte del Estado, introducida por la Constitución Política de 1991, no implica de ningún modo una negación a la responsabilidad de este, principalmente con ocasión de lo dispuesto en el artículo 365 constitucional. Cfr. MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2ª Edición. 2005.

<sup>378</sup> La mayoría de los modelos de Europa Occidental y los Estados Unidos, reúnen en las Comisiones (independientes) funciones de regulación, control y vigilancia. MUÑOZ, MACHADO SANTIAGO. *Servicio público y mercado*, t.1, Madrid, Civitas, 1998, pp. 259 y ss.

La función de inspección, control y vigilancia, le ha sido conferida a una entidad administrativa, a partir del mismo texto constitucional<sup>379</sup>; la de regulación, a las denominadas Comisiones de Regulación de servicios públicos creadas por la ley<sup>380</sup>, correspondiéndoles a estas últimas la atención del contenido de los contratos de SPD, y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigilar porque dicho contenido se cumpla en las condiciones de eficiencia y calidad que interesa a los ciudadanos que reciben los servicios.

Finalmente se hará mención tal como se describió al referir las clases de control a estudiar, al “**control judicial**, este puede revestir dos modalidades: la primera, sería un control previo, según el cual las condiciones de los contratos deberían ser homologadas por los tribunales antes de ser aplicadas por las empresas. La segunda, sería la revisión de los contratos celebrados con base en condiciones generales, es decir un control posterior. Los tribunales podrían revisar los contratos por adhesión o estándares, cuando el adherente lo solicite y con el fin de equilibrar su posición frente a cláusulas abusivas”<sup>381</sup>; no obstante esta observación, en lo que se refiere al control judicial en relación con el contrato de SPD en la actualidad opera de manera posterior, es decir en Colombia, se acoge la segunda modalidad según lo descrito.

El control judicial se deriva de la puesta en marcha del aparato judicial por la parte que considera que es necesaria una revisión del contenido del contrato que se encuentra en desarrollo, dado que ya se ha formalizado su iniciación,

---

<sup>379</sup> “Corresponde al Presidente de la República” [...] “ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”, art. 370 de la C.P.

<sup>380</sup> “Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo Ministerio, las siguientes Comisiones de Regulación...”, art. 69 de la C.P.

<sup>381</sup> ARRUBLA, PAUCAR JAIME ALBERTO y otros. *Regulación Financiera y Bursátil y Derechos del Consumidor*. 1º edición, Biblioteca Jurídica DIKE, 2007, Colombia. p. 177.

previa prestación de su consentimiento para la celebración del mismo. En materia de servicios públicos domiciliarios se ha fijado una normativa específica a partir de la ley 142 de 1994 que señala en el artículo 133, una lista de cláusulas denominadas como de abuso de posición dominante, las cuales *per se*, según lo señala la misma norma no son indicativas de abusividad puesto que es necesario revisar en su contexto la inclusión de alguna de ellas, situación que es objeto de estudio, toda vez que si bien es cierto puede que de la revisión del contenido en conjunto del contrato no se derive una cláusula abusiva, es necesario contar con ***herramientas objetivas*** que permitan a las Comisiones de Regulación dar aval a la inserción de las mismas.

En esta forma de control corresponde al juez indagar y descubrir el verdadero querer de las partes en búsqueda de la finalidad perseguida con la suscripción del contrato<sup>382</sup>. Esto por cuanto no se pretende sustituir la voluntad de las partes por una decisión judicial, máxime cuando el juez funge como un tercero en cabeza de quien de manera directa no recaen las necesidades que conllevaron a la celebración del contrato.

---

<sup>382</sup> «Frente al establecimiento de cláusulas que se consideran abusivas, en caso de presentarse una de ellas, el juez deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita, (dependiendo de la sanción que haya previsto el legislador) sin mayores consideraciones; listados de cláusulas grises que enuncian supuestos que son presuntamente abusivos, los cuales en caso de presentarse entrarán “con un manto de sospecha” al proceso judicial, pero que dependiendo de las circunstancias del caso y del contexto contractual en el que se encuentren, el juez puede considerar que no son abusivas, es decir, que quien las redactó tendría la carga argumentativa y probatoria para demostrar que su inclusión estaba justificada, o le da la potestad al juez de que en cada caso haga una valoración de los supuestos de hecho para verificar si la cláusula es abusiva o no, dependiendo de criterios generales, como por ejemplo, que sea atentatoria contra la buena fe y/o que sea atentatoria contra el justo equilibrio de las prestaciones. Asimismo, se presentan casos en los cuales se mezclan los diferentes tipos de controles. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede decir entonces que el control judicial es “posterior”, pero se basa en lo establecido previamente por el legislador, y se distingue en los diferentes países que han legislado de manera sistemática las condiciones generales de contratación, las cláusulas abusivas y las sanciones a que haya lugar en cada uno de ellos. Sea cual sea el sistema empleado en un país para determinar si una cláusula es abusiva o no lo es, una vez establecida la “abusividad” de la misma, el punto siguiente es establecer cuál será la consecuencia jurídica aplicable». ECHEVERRI SALAZAR, VERÓNICA MARÍA. *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. Opinión Jurídica 10. 2011. pp. 125-144.



Cabe mencionar que este control supone «...interpretación y aplicación, pero no creación de la ley, con el ejercicio de un saber técnico especializado contenido en el acto a controlar»<sup>383</sup>. «El juez tiene la responsabilidad de declarar cuándo un contrato de servicios públicos domiciliarios es nulo por inclusión de cláusulas abusivas, consecuencia de la conducta de falta al deber de obrar con lealtad y probidad que encierra el compromiso constitucional de actuar de buena fe y que irradia todas las actuaciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico colombiano»<sup>384</sup>.

En este sentido cabe aclarar con algunas situaciones ejemplificantes la oportunidad y la tarea propia del juez, ya que «en muchos casos las decisiones de un verdadero regulador y árbitro en un sector económico son inapelables, porque *ya han sido ejecutadas* y han de ser aceptadas por los operadores de forma inmediata, sin perjuicio de la posterior revisión judicial. Así ocurre, por ejemplo, con una orden de acceso a la red, o con una decisión que imponga la obligación de suministro, o con el acto de aprobación de una tarifa (también ocurre con el acto de intervención de un banco o con la orden de cierre de una instalación). En todos estos casos,

---

<sup>383</sup> EDMUNDO, BÁRBARA JORGE. *El control judicial de entes reguladores y de control: luces y sombras en la evaluación de los entes*. 2007, p.11.

<sup>384</sup> Llegado a este punto se realiza la presente nota con el fin de brindar mayor claridad en la conceptualización del control administrativo y del control judicial. «... El control jurisdiccional, a diferencia del administrativo, es un control que se realiza ex post, que supone que las Condiciones Generales que llegan a su conocimiento han pasado por el riguroso examen de las entidades administrativas, que han sido aprobadas por la autoridad oficial, que han sido publicadas en el registro de Condiciones Generales del contrato, y que no obstante todo ello, existe motivo de reclamación por parte de un contratado que clama por la protección de sus derechos que no son satisfechos por las Condiciones Generales. Muy probablemente el caso que llega a la competencia del juez rodó por las oficinas de la administración pública, del defensor del contratado y en general de otras instancias de reclamación pues no es una mentira para nadie que la reclamación judicial, por los costos de transacción que implican y por el tecnicismo innato, es la última de las reclamaciones que se impetra. En el foro judicial, a diferencia de lo que ha debido suceder en el escenario del control administrativo previo, el juez tiene el deber, en un primer nivel, de verificar las normas de cerramiento del sistema, esto es, el principio de la buena fe y la doctrina de las expectativas razonables del contratado, y un segundo, de verificar el cumplimiento del principio de transparencia». LAGUADO, GIRALDO CARLOS ANDRÉS. *Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro*. VNIVERSITAS. Universidad Javeriana. pp. 245-246. Fecha de recepción 08 de mayo de 2003.

que son la mayoría, el juez no podrá ya modificar la decisión concreta en sí misma, de la autoridad reguladora, sino únicamente pronunciarse y corregir su actuación en una doble dimensión: En primer lugar, al juez le corresponde corregir a la autoridad reguladora en cuanto a los presupuestos o criterios en que se basa su actuación, modificando para el futuro alguno o algunos de los criterios de interpretación y/o regulación adoptados por el ente. Difícilmente se podrán reponer las situaciones a su origen, pero el ente regulador no podrá volver a actuar de la misma manera en el futuro (y si lo hiciera, sería legítima la desobediencia frente a él). En segundo lugar, el juez se podrá pronunciar sobre las consecuencias lesivas de la decisión, de forma que el Estado haga frente a los perjuicios patrimoniales que se hayan derivado de las decisiones del ente regulador. El ejemplo típico es el de las revisiones tarifarias. Es claro que las tarifas deben ser suficientes para cubrir los costes del servicio, y que cualquier insuficiencia tarifaria que quede acreditada ante los jueces puede ser revisada por estos. Pero no serían ciertamente modificables por los jueces las tarifas en sí mismas, porque la fijación de tarifas sigue siendo un acto indeterminable jurídicamente (es decir, de imposible previsión o determinación para el futuro, por una norma escrita o por una sentencia)»<sup>385</sup>.

Si bien se mencionan los anteriores controles: autocontrol, control administrativo y judicial, como una forma de revisar el cumplimiento de las condiciones contractuales, es necesario advertir que estos no son los únicos, y que al tratarse de un servicio público, este debe tener la garantía de su prestación en razón de la satisfacción de las necesidades de los usuarios, y el cumplimiento de las tareas Estatales en cuanto hace a su cometido de velar por el cumplimiento de los intereses de la colectividad, y de la concreción de los fines del Estado. Por el objeto de estudio del presente

---

<sup>385</sup> ARIÑO, ORTÍZ GASPAR. *Principios de Derecho Público Económico*. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Fundación de Estudios de Regulación, 1999. Universidad Externado de Colombia, 2003. Primera edición enero de 2003, p. 635.

trabajo serán estos los que se tomen como referencia en relación con el papel de las Comisiones de Regulación, como autoridades que determinan el contenido contractual para ponerlo de presente a una sociedad ávida de la prestación de los SPD.

Como lo exponíamos en la presentación de este acápite la propuesta sobre los controles tiene un alto impacto en relación con el servicio de que se trata y la connotación económica que le cabe a los SPD, de ahí que se plantee a continuación la reflexión de cómo este aspecto económico cobra especial interés en relación con los controles explicados, lo cual guarda coherencia con el propósito de determinar que la caracterización del contrato no se puede quedar solo en una descripción de los elementos básicos en búsqueda de la protección de los usuarios, sino que se cuenta con herramientas proporcionadas por el mismo Estado que ha involucrado a los prestadores de servicios, en un contexto económico que merece especial atención.

### **C.3 INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. ASPECTOS ECONÓMICOS**

En vigencia del nuevo modelo de prestación de los SPD la competencia y la libertad económica cobran un papel relevante, se pasa a un sistema “abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el

cliente (no hay mercados reservados, ni ciudadanos cautivos)”<sup>386</sup>. En este contexto para el cumplimiento de los presupuestos de competencia surge el postulado de la libertad de contratación entendida esta desde la perspectiva del medio idóneo para conjugar la iniciativa privada con el mercado, sujeta a las reglas y principios comerciales.

Con la intención de fortalecer la exposición teórica presentada en este trabajo, y partiendo de lo señalado en las líneas precedentes, pasamos a revisar cómo «el programa de reformas estructurales de los servicios públicos se caracterizó por remover las estructuras que no permitían el libre funcionamiento de los mercados para lo cual [...] se separaron los roles de regulación de los de vigilancia y control. En general, el Estado modificó el grado de intervención y asumió un papel más activo en la regulación de los servicios públicos»<sup>387</sup>.

El Estado no deja su papel como responsable de la prestación de los SPD, y permite que agentes diferentes de él realicen la prestación<sup>388</sup>, con lo cual busca alcanzar mayores niveles de cobertura y afianzarse en la recuperación

---

<sup>386</sup> ARIÑO, ORTÍZ GASPAR; DE LA CUETARA, MARTÍNEZ JUAN MIGUEL Y MARTÍNEZ LÓPEZ – MUÑIZ JOSÉ LUIS. *El nuevo servicio público*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 1997, p 19 y ss.

<sup>387</sup> Revista de Derecho y Economía. Contexto N. 34. Agosto de 2011. *La ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho*. AMADOR, CABRA LUIS EDUARDO. RAMÍREZ, GRISALES RICHARD. p. 11

<sup>388</sup> «El esquema de privatización adoptado implicó la reducción del papel del Estado a su instancia reguladora y, por consiguiente, a una redefinición de lo que implica “interés público”, puesto que de hecho éste resulta reducido a garantizar el cumplimiento del contrato, en condiciones plenamente mercantilizadas entre el concesionario del servicio y los consumidores del mismo. La privatización implica la redefinición del compromiso del Estado respecto del acceso al servicio: el Estado se desembaraza de compromisos presupuestales y, al mismo tiempo, se desentiende de los problemas derivados de la existencia de una franja no incorporada de la población que constituye, en parte, una demanda no solvente, sobre todo si de lo que se trata es de costear la infraestructura. La privatización supone acabar con una forma de politización perversa de la producción y suministro de un servicio público y, por otra, atribuir al mercado, a través de una decisión de política, la gestión de una cuestión que no por ello deja de ser atravesada por lo político». BARRIOS, EDGAR VARELA. 2007. "Las privatizaciones en Cartagena y Barranquilla: Un paradigma mercantilista en la gestión de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. (Spanish)." *Pensamiento & Gestión* no. 23: 209-255. *Academic Search Premier*, EBSCOhost (accessed June 17, 2014). p, 229

de la inversión para lograr una mejor calidad, lo que redundará en el mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos en lo que a este tema se refiere<sup>389</sup>.

Resulta interesante en este punto identificar que si bien es cierto se abre la posibilidad para que sean diferentes actores los que vengán a ofrecer la prestación de los SPD, esto se materializa en concreto a través del contrato que suscriben con cada uno de los usuarios, lo que permite poner en marcha las estructuras que para tal fin ha dispuesto cada uno de los interesados en participar de este mercado, siendo preciso anotar que «el fundamento del poder contractual de los particulares, se encuentra en el reconocimiento de la libertad para la actividad económica y la iniciativa privada, así como en la consagración de la empresa como base del desarrollo; por lo tanto las limitaciones constitucionales de tales actividades y derechos son, a su vez la base de las restricciones jurídicas que pueden y deben imponerse en materia contractual»<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> «La Constitución Política, y en especial el Régimen de SPD, diferenciaron dos roles que antes se encontraban fusionados en cabeza del Estado. Por una parte, continuó radicado en cabeza del Estado el deber de asegurar la prestación eficiente de los SPD. Esto es, el Estado es el responsable de asegurar la prestación y el acceso a los servicios públicos. Es decir, éste mantiene el deber de garantizar el acceso universal y para ello le fueron asignadas las competencias regulatorias, controlantes y vigilantes del sector de los SPD, así como la función general de dirigir la economía para que en el sector de los servicios públicos se promoviera la productividad y la competitividad; por otra parte, se amplió la posibilidad de prestadores de SPD, permitiendo que agentes externos lo pudieran realizar [...] La posibilidad de que existieran múltiples oferentes para prestar los SPD permitió, en términos reales, la existencia de la competencia, garantizada primordialmente por la rivalidad entre los agentes económicos que participan en el mercado». Revista de Derecho y Economía. Contexto N. 34. Agosto de 2011. *La ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho*. AMADOR, CABRA LUIS EDUARDO. RAMÍREZ, GRISALES RICHARD. pp. 23 y 24.

<sup>390</sup> «Si el contrato es un instrumento al servicio de la libertad económica, está sujeto a los límites del bien común; si el contrato se celebra y ejecuta como expresión de la actividad empresarial, en él se refleja las obligaciones que implica la función social que tiene la empresa por ser base del desarrollo; y, por último, si a través del contrato se materializa el ejercicio del derecho de propiedad privada, entonces en él también inciden las funciones social y ecológica que en la Constitución se predicán de dicho derecho. Y todo ello dentro de un régimen económico en el cual la dirección general de la economía le corresponde al Estado, y que en materia de SPD, desde esta perspectiva señala los criterios mínimos de homogeneidad para el respeto de los derechos de las partes que intervienen en la relación negocial, que obedece a unas particularidades específicas como se ha venido anotando. En el plano puramente económico también hay que aceptar que ni la intervención estatal – surgida históricamente como un instrumento de guerra más – ni la estandarización y la eficiencia propias de la

Dentro de los aspectos económicos que tienen incidencia en el desarrollo y puesta en marcha de los SPD, se encuentra además del tema referido a los contratos el correspondiente al régimen tarifario que permite sufragar los costes del servicio para el prestador, y a su vez, impone a los usuarios de los mismos la responsabilidad del pago por su utilización en proporción a las necesidades de uso que cada uno tiene, de esta cuestión hablaremos a continuación.

Claras manifestaciones de esta libertad contractual de empresa y económica, se presentan a la hora de determinar aspectos como los precios, los que en “señales del mercado posibilitan el intercambio de factores productivos o de bienes o de servicios, el régimen tarifario en el ámbito de los SPD es esencial para el adecuado funcionamiento de este mercado, [de ahí que no se permita la gratuidad en este ámbito]. De conformidad con el régimen de SPD, el régimen tarifario está compuesto por metodologías, fórmulas, estructuras, valores y, en general todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas”<sup>391</sup>, “cuya definición en esencia, corresponde a las comisiones de

---

economía de masas pueden comprometer la dignidad de la persona humana para convertirla en un simple “objeto” de la actividad de otros. Como para ello no basta la protección frente a excesos del Estado, sino que se requiere también de amparo frente a las demás personas – en especial frente a aquellas que directamente o a través de las organizaciones empresariales disponen de un gran poder económico y político -, en el plano constitucional, y no solo en el simplemente legal, se ha previsto expresamente como uno de los deberes de la persona y del ciudadano, el de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” y en el clausulado específico del íter contractual esto encuentra su escenario en la prohibición del establecimiento de cláusulas abusivas, sin que esta afirmación comporte que no se puedan presentar otras situaciones que repercutirán en todo caso en la connotación de humanidad que debe soportar todo contrato, respetando los principios que emanan de un Estado Social de Derecho como el que nos arropa. En este sentido, la libertad de contratación implica o conlleva algunas otras como las de libertad de compra, venta, de productos o servicios, de extender servicios en cualquier parte del territorio, libertad de movilización y presencia en todos los lugares en donde pueda negociar en la prestación de los servicios de su especialización o en aquellos que se encuentre en capacidad técnica, financiera y legal de prestar, por lo tanto libertad para diversificar en sus actividades de servicios (áreas conexas o complementarias), sin desconocer los límites que por razones de interés general le pueda imponer la reglamentación». SANTOFIMIO, GAMBOA JAIME ORLANDO. *Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso*. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Gobierno Municipal. Maestría en Gobierno Municipal. Bogotá. 2002. pp. 50 – 52.

<sup>391</sup> Art. 86.4 Ley 142 de 1994

regulación”<sup>392</sup> “que tienen la facultad de fijar los lineamientos”<sup>393</sup> a los que deben ceñirse los prestadores de los SPD”<sup>394</sup>, de tal manera que no queda a su libre albedrío la determinación de las mismas, sino que su señalamiento corresponde al cumplimiento de directrices fijadas por el Estado”<sup>395</sup>.

Dentro del régimen tarifario es preciso señalar que se dispone de sistemas que permiten de manera objetiva generar un mayor cobro a favor de ciertos usuarios. Así, de acuerdo al régimen de estratificación (5,6) o modalidad del servicio (comercial), se parte de la premisa que en estos eventos se cuenta con mayores recursos, lo que genera subsidios en favor de quienes carecen de los mismos, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado constitucionalmente<sup>396</sup>.

---

<sup>392</sup> Art. 52 Ley 142 de 1994

<sup>393</sup> “El procedimiento ante un ente regulador debe ser ante todo transparente, informal, abierto a la información del público, con decisión final suficientemente motivada. Hoy no queda claro cómo los reguladores valoran la evidencia empírica o los argumentos jurídicos o económicos en los cuales basan sus decisiones”. ARIÑO ORTÍZ, GASPAS. *Principios de Derecho Público Económico*. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Fundación de Estudios de Regulación, 1999. Universidad Externado de Colombia, 2003. Primera edición enero de 2003, p. 632.

<sup>394</sup> Art. 73. 4 Ley 142 de 1994

<sup>395</sup> “La finalidad esencial del régimen tarifario es buscar que el mercado de los servicios públicos funcione como un mecanismo eficiente de regulación económica, mediante el cual el sistema de tarifas emita señales que permitan orientar a los agentes en la toma de decisiones. Del lado de la oferta, pretende crear condiciones atractivas para que la iniciativa privada participe en la producción, distribución y generación de servicios públicos y supla las necesidades insatisfechas de grandes sectores de la población. Del lado de la demanda, pretende inducir a los usuarios a pagar por el costo del servicio. En términos económicos, el sistema tarifario estructurado en el régimen de SPD posibilita que los fines individuales y sociales converjan en el mercado, para la consecución del bienestar social”. Revista de Derecho y Economía. Contexto N. 34. Agosto de 2011. *La ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho*. AMADOR, CABRA LUIS EDUARDO. RAMÍREZ, GRISALES RICHARD. p 25.

<sup>396</sup> “Ello es algo que no afecta la solidez y buen funcionamiento de la empresa, y puede servir en cambio para lograr un trato equitativo entre los distintos grupos de usuarios o conseguir determinadas finalidades de promoción económica o de protección social de un grupo de ellos. Pero nótese que con ello no se infringe el principio del coste *real*: el servicio lo pagan los usuarios (no hay subsidios externos), solo que con una distribución justa y equitativa. Y en todo caso conviene insistir en que, de existir, tales subvenciones cruzadas deben ser siempre *internas al servicio* no ajenas a él” ARIÑO, ORTÍZ GASPAS. *Principios de Derecho Público Económico*. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Universidad Externado de Colombia. Fundación de Estudios de Regulación. Primera edición. 2003, pp. 566 – 567.

La importancia de la revisión de los controles a los contratos es necesaria no solo en lo referido al aspecto formal sino también en lo atinente a su aspecto material, esto dentro de uno de los propósitos que busca evitar la inclusión de cláusulas abusivas, sin perder de vista que la prestación de los SPD tiene un marco específico de desarrollo cobijado por principios económicos constitucionales, lo que permite plantear criterios generales de protección a los usuarios, a quienes a su vez se les impone el deber de pagar por los servicios que reciben. Como cualquier actividad económica la prestación debe generar los costes mínimos de sostenimiento para que puedan continuar siendo ofrecidos en las calidades óptimas para la satisfacción de las necesidades de quienes los utilizan.

Además de lo señalado, se tiene que si bien es cierto el Estado permite que se abra la posibilidad a que sean varios agentes quienes puedan fungir en calidad de prestadores de los SPD, este no pierde de vista su orientación de vigilancia, control y regulación, precisamente dada la connotación de servicio público que encierra esta clase de servicios, de ahí que su esfera de acción sea la de estar siempre vigilante y actuante a través de sus órganos en cuanto hace a la prestación de los mismos, además en búsqueda permanente de aspectos como ampliación de la cobertura, mejoramiento de la calidad, regulación de las tarifas, entre otros.

De esta manera se propone revisar el contrato de servicios públicos domiciliarios a la luz de los controles expuestos. Se busca proporcionar con ello herramientas útiles a la hora de definir para cada una de las partes del contrato las responsabilidades a asumir en torno a su participación sea como prestador o usuario.

A partir de la premisa de la posibilidad de inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de SPD, a continuación se abordará el tema correspondiente a los



controles a las mismas, haciendo mención específica de la tarea propia que en este sentido se le ha delegado a las Comisiones de Regulación.

### 3. CONTROLES REGULATORIOS A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. DELIMITACIÓN ADMINISTRATIVA DE LO “ABUSIVO”

La aproximación conceptual que hasta el momento se ha desarrollado acerca de los servicios públicos domiciliarios y sus usuarios, ha permitido determinar que esta actividad es propia de la legislación colombiana y que su denominación se deriva de la prestación de un servicio mediante redes físicas con un destino catalogado como domicilio o sitio de trabajo personal.

En este orden de ideas y a partir del reconocimiento del usuario de los SPD como parte débil en la relación contractual entablada con el prestador del servicio, se hace imperioso encontrar en este tema, un espacio dirigido a la reglamentación existente en relación con sus condiciones de defensa.

En el segundo capítulo se abordó la caracterización general del contrato de SPD como instrumento de perfeccionamiento de la relación entre el prestador y el usuario, identificando como una particularidad de este, que se trata de un contrato de adhesión, que a su vez goza de las características de un contrato de condiciones generales.

Este contrato de SPD en su contenido en ocasiones puede involucrar cláusulas abusivas, situación que conlleva a que el usuario deba asumir una carga mayor de aquella que debe soportar en escenarios en los cuales comparte en alguna medida una igualdad material y formal.

Con el fin de aminorar las consecuencias que se derivan de la presencia de estas cláusulas, se les ha señalado legalmente en primera instancia a las Comisiones de Regulación la tarea de revisar el contrato de SPD en ***todo su***

**contexto.** Estas unidades administrativas especiales tienen a su cargo valorar si se permite o no la inclusión de ciertas cláusulas, las cuales a pesar de ser catalogadas como abusivas pueden ser insertadas, sin que se señale más que la obtención de su aprobación para que queden allí establecidas y formen parte del objeto del contrato.

Esta situación constituye el objetivo principal de estudio del presente capítulo y consolida los temas abordados con anterioridad, pues se parte de la naturaleza del servicio para poder diseñar herramientas de valoración objetivas, que permitan a las Comisiones de Regulación contar con lineamientos estándar de evaluación para cumplir el cometido que les ha sido dado legalmente.

El presente capítulo busca dar respuesta a las inquietudes planteadas en torno a la presencia de cláusulas abusivas en el íter contractual. Para ello se ha organizado en tres partes, la primera orientada a la definición y contextualización de las cláusulas abusivas en el derecho contemporáneo; la segunda referida a la tipificación de las cláusulas abusivas en los contratos de Servicios Públicos Domiciliarios, con el propósito de determinar sus alcances y controles; y, la tercera parte, se dirige al estudio de la función administrativa de intervención del contrato de Servicios Públicos Domiciliarios a efectos de evitar la presencia de cláusulas abusivas.

A través de estas temáticas se busca identificar cuáles son los mecanismos idóneos para alcanzar la materialización de la justicia en el contenido del contrato. Se trata pues, de establecer unas categorías que permitan identificar la presencia de cláusulas abusivas en el contrato de SPD, independientemente de la existencia de una lista que las enuncie o determine como tal. Por ello la estructura del presente capítulo inicia con la presentación general del concepto de cláusula abusiva, de tal manera que a

partir de su significado se pueda establecer cuál es la razón de ser de su inclusión y su desarrollo normativo.

El propósito de este estudio se direcciona a la presentación de una matriz de que conduzca a la identificación de elementos estructurales de las cláusulas abusivas en los contratos de SPD en Colombia. Lo anterior posibilita que las Comisiones de Regulación puedan contar con herramientas objetivas para soportar la decisión de dar aval a un contenido contractual a pesar de la presencia de estas cláusulas.

## **A. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO**

El tema de las cláusulas abusivas no es nuevo en el ordenamiento jurídico colombiano, existen varias normas que lo regulan. Si bien no se denominan de manera similar en las diferentes normas, sí todas ellas tienen en común que frente a la presencia de las mismas en el contrato se generan unas consecuencias jurídicas (frente a la cláusula así incorporada, opera la fórmula *por non scripta* o la nulidad). Esto por cuanto llevan consigo que el usuario deba asumir una carga adicional a la que el principio de buena fe exige respecto de las obligaciones de las partes en el contrato.

Para proponer algunos elementos objetivos de valoración que permitan determinar si una cláusula es abusiva, es necesario tomar en consideración la dinámica de esta institución en un fenómeno propio y específico como es el del contrato de SPD.

En este sentido, se abordará el tema de las cláusulas abusivas atendiendo a la naturaleza del contrato de SPD que como se ha señalado se trata de un contrato de adhesión, frente al cual se dispone que corresponde a una forma de contrato estandarizada «[...] fruto de la producción en masa, que

encuentra en el contrato una figura de primer plano, ya que se configura como el principal instrumento para la organización de la empresa. Las ventajas que ofrece esta forma de contratación para la empresa son innumerables, a saber: el perfil de la conclusión (rapidez, uniformidad) y de la ejecución del contrato (posibilidad de control, prevención de litigios, previsibilidad de éxito), el cálculo de riesgos y costes, y la elaboración de una regulación contractual más funcional que legal»<sup>397</sup>.

En el presente trabajo el contrato constituye el instrumento objeto de análisis acerca de la presencia o no de cláusulas abusivas. Esto teniendo en cuenta su relevancia en la satisfacción de necesidades de la comunidad. «En el ordenamiento jurídico se encarga al contrato de cumplir con la misión de dar certeza a las relaciones entre particulares<sup>398</sup> como uno de los prestadores de los servicios. Es claro, que el contrato no es el único medio por el cual las personas dan certeza y formalidad a sus relaciones; sin embargo, es el más común y utilizado de los que existen. En últimas, representa la típica forma de elaboración de las normas jurídicas entre particulares»<sup>399</sup>.

En este orden de ideas es necesario tener en cuenta que no basta el análisis del contrato de manera aislada o su sola reflexión sin tomar en consideración aspectos económicos pues estos resultan de gran trascendencia en el contexto de los SPD. «Desde el punto de vista del vínculo contractual, en buena medida, en estos negocios existe una evidente asimetría entre las condiciones de las partes y el poder de negociación con que llega cada uno de los extremos contractuales al momento de comprometerse. En razón de esta desigualdad material, la mayoría de regímenes jurídicos actuales han

---

<sup>397</sup> SIERRA, RODRÍGUEZ ADELA. *Cláusulas abusivas en la contratación*. Ed. Arazandi Navarra, España. Segunda edición, 2002, p. 18.

<sup>398</sup> MOLINA, JORGE. *Las cláusulas abusivas*. CEDEC. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Seminarios 12. Pontificia Universidad Javeriana, 2000, p. 16.

<sup>399</sup> KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 24 ed, 1987, p. 181.

optado por proteger expresamente los derechos de la parte débil de la relación frente a los posibles abusos de la parte que se encuentra en una posición ventajosa<sup>400</sup>. Es precisamente en este contexto de asimetría que se define el concepto de las cláusulas abusivas relacionado con los contratos de adhesión con los consumidores»<sup>401</sup>.

Bajo la base de una clara función social vinculada al ejercicio de los derechos en el marco de una economía social de mercado<sup>402</sup>, el contrato de adhesión de los SPD está diseñado normativamente bajo el presupuesto de permitir a todas las personas que desean ofrecer determinado servicio la posibilidad de participar en igualdad de condiciones sujetándose a lo pactado en el contrato.

No obstante, dicha situación no es absoluta pues el Estado conserva las funciones de vigilancia y control en el entendido que se trata de la prestación de servicios públicos y el riesgo que representa para el equilibrio de la sociedad y de la economía, el hecho de dotar a los prestadores de derechos sin control. Estas facultades abrogadas por el Estado conducen a verificar el cumplimiento de la finalidad de la obtención del bienestar general.

---

<sup>400</sup> Sentencia C- 1141 de 2000 indicó: «La Constitución ordena la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas».

<sup>401</sup> VALDERRAMA, ROJAS CARMEN LIGIA. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: mayo de 2013. p. 392.

<sup>402</sup> Sentencia C – 616 de 2001. Corte Constitucional: COMPETENCIA ECONOMICA-Protección del interés público: «La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado. [...] La regulación legal orientada a preservar la libre y honesta competencia, se refiere básicamente a tres tipos de prácticas deshonestas: en primer lugar, las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia; en segundo término, el abuso de posición dominante; y en tercer plano, la competencia desleal entre empresarios».

Así pues, por una parte, se establecen algunas limitaciones constitucionales; tal es el caso del artículo 95 que plantea el deber de todas las personas de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios<sup>403</sup>”, norma que reconoce expresamente el principio general de abuso del derecho. Éste principio —de manera implícita por el control constitucional que se ejerce frente a las actuaciones de los prestadores— impide utilizar el contrato como herramienta de incorporación de cláusulas en su favor exclusivamente, solo para citar un caso.

Por otra parte, el Título II de la Constitución consagra además de los derechos fundamentales (artículos 2 a 41) y derechos sociales, económicos y culturales (artículos 42 a 77), un conjunto de derechos e intereses colectivos (artículos 78 a 82) que propenden por la satisfacción del interés general sobre el interés particular.

En el marco de la protección de los derechos e intereses colectivos el Constituyente optó por salvaguardar los intereses de los consumidores y usuarios frente a los posibles abusos por parte de los productores y proveedores de bienes y servicios (artículo 78). De tal manera que en razón de los presupuestos constitucionales y legales, el contrato cuenta con límites a la libertad contractual de los particulares, además que sobre el mismo se vigila el cumplimiento de la función social para la cual se ha establecido, en aras de la realización de los fines del Estado.

«[...] Al ser los usuarios los destinatarios finales de la empresa de SPD y al gozar de sus derechos de alto rango Constitucional, el empresario en desarrollo de sus actividades deberá velar por la incolumidad de los derechos de los mismos, so pena de desencadenar en su contra las consecuencias de tipo sancionatorio que legítimamente podrá prever la ley.

---

<sup>403</sup> Constitución Política de 1991 – núm. I. art. 95.

De todo lo anterior cabe resaltar entonces que [...] el tratamiento de las referidas cláusulas abusivas se ha dado tradicionalmente en contratos con los consumidores y en especial, en contratos de adhesión, estos últimos caracterizados fundamentalmente porque una de las partes en la mayoría de los casos (aquella con mayor poder económico), define las cláusulas y condiciones del contrato, mientras que la otra parte se limita a aceptarlas o rechazarlas en conjunto, es decir, no existe discusión ni negociación previa sobre las normas que regirán la relación jurídica»<sup>404</sup>.

Bajo esta mirada y propuesto el escenario de las actividades que surgen entre prestadores y usuarios en virtud de la relación contractual existente entre ellos, es necesario prever cuál es la definición de esas denominadas “cláusulas abusivas”, por qué el legislador se encargó de realizar una lista de las mismas, y cuál es la consecuencia en aquellos eventos en que a pesar de no estar presupuestadas constituyen una situación de abuso. El siguiente aparte se dedicará al estudio puntual de este tema.

## **A.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA**

El objeto de esta parte del trabajo se centrará en el abordaje de las construcciones doctrinarias sobre el tema. A su vez se revisará su desarrollo histórico para llegar al soporte constitucional que arropa el contenido de las cláusulas abusivas hoy.

Para alcanzar el propósito señalado es necesario partir del escenario propuesto por la Constitución Política de 1991, que «reconoce en nuestro

---

<sup>404</sup> En Colombia, los contratos de adhesión están definidos legalmente en el literal f artículo 2 de la ley 1328 de 2009, sobre el sistema financiero, y en el numeral 4 artículo 5 de la ley 1480 de 2011 o estatuto del consumidor.



ordenamiento<sup>405</sup> la vigencia de un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, de la cual se derivan los derechos fundamentales de las personas, la prevalencia del interés general, el reconocimiento de la propiedad privada (artículo 58) y la libertad de empresa (artículo 333), se reafirma respecto de estas últimas una función social (artículo 58 y 333), se dispone que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y se renueva la potestad del Estado de intervenir en ella por mandato de la ley (artículo 334)»<sup>406</sup>

Bajo estos presupuestos, el tema de las cláusulas abusivas debe tomar en consideración para su estudio los fines del Estado, además del aspecto económico que involucra los contratos de SPD teniendo en cuenta la «función social y los intereses públicos comprometidos en su desarrollo. La inserción de esta categoría en un mercado abierto en la medida de lo posible en un ambiente de libre competencia»<sup>407</sup>, teniendo el **contrato** como herramienta de vinculación del prestador del servicio con el usuario, materializa el desarrollo de los fines Estatales.

---

<sup>405</sup> VALDERRAMA, ROJAS CARMEN LIGIA. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: mayo de 2013. pp. 406 - 413.

<sup>406</sup> Sentencia C- 993 de 2006. SUPERIORIDAD DEL DERECHO-Fundamento esencial de todo Estado democrático. «Uno de los fundamentos de un Estado democrático es la preeminencia o superioridad del Derecho, de tal suerte que todos sus órganos y todos sus habitantes están sometidos al mismo, en primer lugar a la Constitución Política, por ser la normatividad superior. En tal sentido, el Art. 4° de ésta dispone que es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades; el Art. 6° ibídem estatuye que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y el Art. 95 ibídem dispone que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Dicho sometimiento general al ordenamiento jurídico tiene como finalidad asegurar un orden justo y la convivencia pacífica en la vida social, como lo consagran expresamente el preámbulo de la Constitución, como valores del Estado, y el Art. 2° ibídem, como fines esenciales del mismo. Para alcanzar ese efecto, aquel tiene como característica esencial la coacción, es decir, la potestad de imponer su cumplimiento sin la voluntad de las personas y aun contra dicha voluntad, por conducto de los órganos estatales competentes».

<sup>407</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2ª Edición. 2005. p. 220.

Para que se pueda hablar de cláusulas abusivas se debe hacer mención del contrato; aquí se realiza una primera afirmación dirigida a señalar que estas se presentan en mayor medida en los denominados contratos de adhesión. Como se señaló en líneas precedentes, estos han surgido como respuesta a la manera rápida como se desarrollan hoy las negociaciones y la necesidad de dar respuesta de manera ágil y oportuna a las pretensiones de los usuarios o consumidores.

La anterior afirmación no se efectúa con la finalidad de hacer un juicio de reproche al contrato de adhesión; por el contrario, dicha mención se justifica en la medida que permite estudiar los elementos que conllevan a la configuración de las cláusulas abusivas.

Además se precisa que se justifica la existencia de esta forma de contratación, entre otros aspectos porque: «a) permite a los empresarios reducir los costos de transacción, administrar y minimizar los riesgos en la ejecución de su actividad económica<sup>408</sup> y someter a los terceros a sus necesidades particulares; b) aumenta la seguridad jurídica; c) hace posible la regulación de cuestiones técnicas; d) disminuye el costo de las mercaderías,

---

<sup>408</sup> “... La estandarización de contratos en muchas industrias para toda clase de contratos y negocios, el uso y la aceptación de formas estandarizadas de estilo tómelos – o – déjelo, la falla por parte de los adherentes de leer y entender los documentos que firman, y la tendencia de esas mismas formas de incluir términos que benefician cada vez más a la parte oferente. Más aún, ésta teoría relaciona la práctica de contratar usando formas estandarizadas con la historia del desarrollo de los negocios del último siglo y medio – esto es, con el crecimiento de las grandes organizaciones de negocios y la sustitución, de manera paralela de negociación por administración en el mercado. De esta manera, la práctica jurídica de usar contratos de adhesión debe ser vista, en sí misma, como una institución que genera unas estructuras de poder – no poder de mercado, en el sentido tradicional de la palabra, pero poder de todas maneras. Ya no es suficiente ver los contratos de adhesión como una forma jurídica que actúa como una correa de transmisión de poder monopolístico. El uso de documentos con formas estandarizadas, si jurídicamente obligatorias, le da a las firmas – aun a aquellas que están sometidas a las presiones de la competencia – una libertad de los controles jurídicos y la habilidad de controlar otras relaciones presentes en el mercado.”(D. RAKOFF, TODD, *Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica*. (Publicado originalmente bajo el título “Contracts of adhesion, an essay in reconstruction”, Publicado originalmente en: Harvard Law Review 96, N o. 6, Abril de 1983). Universidad de los Andes. Revista de Derecho Privado 37. Volumen XVIII. Diciembre de 2006. Colombia, p. 94.

y e) promueve la calidad y la uniformidad en la interpretación y ejecución de los contratos»<sup>409</sup>.

En cuanto a la evolución del «concepto de cláusulas abusivas en Colombia, es preciso indicar que el tratamiento del tema desde el derecho positivo es posterior a la expedición de la Constitución Política de 1991 – que, bajo el esquema del Estado Social de Derecho consagra la prevalencia del interés general sobre el particular, con énfasis en los derechos colectivos, entre ellos los derechos de los consumidores (artículo 78 CP.). Este concepto particular que vincula el abuso a las disposiciones de los contratos de adhesión, se ha concretado fundamentalmente en tres leyes que regulan regímenes distintos, a saber, el régimen de SPD<sup>410</sup>, el régimen financiero<sup>411</sup> y el estatuto<sup>412</sup> del consumidor»<sup>413</sup>.

Puede agregarse a la consideración anterior que si bien es cierto aparecen normas que expresamente regulan el tema de las cláusulas abusivas en Colombia, con posterioridad a la vigencia de la C.P. de 1991, jurisprudencialmente este tema ya había sido objeto de revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia, como se verá más adelante.

Desde el punto de vista doctrinal también se ha intentado una definición de las cláusulas abusivas. Así se ha dispuesto que: «cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición

---

<sup>409</sup> RODRÍGUEZ, YONG CAMILO ANDRÉS. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Legis S.A. 2013, p. 25.

<sup>410</sup> Ley 142 de 1994

<sup>411</sup> Ley 1328 de 2009

<sup>412</sup> Ley 1480 de 2011

<sup>413</sup> VALDERRAMA, ROJAS CARMEN LIGIA. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: mayo de 2013. p. 419.

general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene, *prima facie*, su ámbito propio en relación con consumidores y puede darse siempre que no haya existido negociación individual, es decir, tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Pero incluso también puede haber cláusula abusiva en contratos de condiciones generales entre profesionales por cuanto habrá condición abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes»<sup>414</sup>.

Para el autor argentino Rubén Stiglitz, la cláusula abusiva será aquella «cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad de intereses que contengan la renuncia por el consumidor, sin fundamentos declarados que lo justifiquen»<sup>415</sup>.

También se conocen como cláusulas vejatorias, odiosas, leoninas, lesivas y gravosas. Asimismo, se afirma que «las cláusulas abusivas son aquellas disposiciones contractuales que exceden los límites impuestos, o bien por la buena fe, o bien por el objeto en vista del cual ha de reconocerse efectos jurídicos al contrato de que se trate»<sup>416</sup>.

---

<sup>414</sup> RENGIFO GARCIA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. (2ª Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2004. p.197.

<sup>415</sup> STIGLITZ, RUBÉN. *Contratos Civiles y Mercantiles*. (TOMO 2). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. 1998. p. 27

<sup>416</sup> VILLALOBOS DE BASTIDAS, FLOR; AGUIRRE ANDRADE ALIX. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Artículo producto de investigación adscrito al Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES) de la Universidad del Zulia. 2007. p. 248.

Este desarrollo obedece en gran medida al estudio de legislaciones extranjeras y sobre el tema aparece la influencia en nuestro derecho de la Directiva 93/13/CEE emanada del CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS el 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Esta norma tuvo como objeto «eliminar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Así mismo, se dijo en la mencionada directiva que: *«Una cláusula no negociada es abusiva cuando causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato...La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual tiene en cuenta: 1)La naturaleza de los bienes o servicios que son objeto del contrato, 2) Las circunstancias que concurren en la celebración del contrato, y 3) Las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa...En caso de dudas sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor...Los consumidores no estarán vinculados por las cláusulas abusivas que figuren en los contratos celebrados con un profesional. A efectos de la presente Directiva se entenderá por: “cláusulas abusivas”: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3.»*<sup>417</sup>.

Continúa esta misma norma señalando: *«[...]1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión»*<sup>418</sup>.

---

<sup>417</sup> Directiva 93/13/CEE Artículo 2

<sup>418</sup> *Ibíd*em, Artículo 3

En Colombia se realiza la enunciación de las denominadas situaciones de abuso de posición dominante en 1994, dentro de la ley general de servicios públicos domiciliarios en la cual se enlista algunas cláusulas de manera indicativa, sin señalar un concepto específico de las mismas.

Hoy no existe en Colombia una única norma que contemple todo el tema de las cláusulas abusivas; como ya se indicó hay en la actualidad varias disposiciones normativas que lo regulan. No obstante, y atendiendo a las recientes disposiciones emanadas del Estatuto del Consumidor, es necesario establecer que este se perfila como el ordenamiento prevalente de protección de los intereses de los consumidores y en este orden de ideas tiene injerencia en las demás normas especiales cuando sea del caso.

La ley 142 de 1994 norma específica de los SPD, adopta un sistema de lista de cláusulas prohibidas, de manera indicativa y no taxativa, y adicionalmente considera abusivas *«cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo»<sup>419</sup>*.

Este tratamiento es similar al de la directiva 93/13 expedida en 1993 por la Comunidad Económica Europea para proteger al consumidor, la cual establece un catálogo de cláusulas consideradas abusivas, además de una cláusula general de buena fe que impide afectar el equilibrio contractual: *«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»<sup>420</sup>*.

---

<sup>419</sup> Art. 133.26

<sup>420</sup> BERNAL FANDIÑO MARIANA; VILLEGAS CARRASQUILLA LORENZO. *Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor en las tecnologías de información y comunicación*. Universitas Bogotá, No. 117 – 2008, pp. 153-170.

Para el caso de Colombia, se tiene que «los criterios que inspiraron al legislador, para determinar qué tipo de cláusulas deben ser consideradas como abusivas, son los siguientes: i) el equilibrio económico que debe existir en los contratos de condiciones generales, característicos de estos servicios, ii) la imposición injusta de obligaciones que no estén en armonía con el ordenamiento jurídico, y iii) la restricción de los derechos inherentes de los usuarios»<sup>421</sup>, situación que como se ha advertido surgió como conclusión de un trabajo ya elaborado previamente por la jurisprudencia colombiana, además de la revisión de desarrollos que habían tenido otros países respecto del tema<sup>422</sup>.

El aporte de la jurisprudencia colombiana empieza por los estudios que hace “la Corte Suprema de Justicia al observar las dificultades, que plantean las normas sobre interpretación [en los contratos de adhesión], con miras a brindar apoyo a un análisis en favor del adherente, opinión que se convertirá en criterio definitivo en posteriores jurisprudencias; [...] se parte de la situación del adherente frente al contrato considerado éste como la parte débil, dada la presencia de aspectos tales como el poderío económico del prestador del servicio, la especialidad del servicio, la ausencia de conocimientos técnicos por parte de los usuarios de los servicios, entre otros, [...]. Esta enumeración apenas enunciativa, se hace con el fin determinar que efectivamente en ocasiones se presenta en la celebración de contratos de SPD, temas de difícil comprensión para quienes se benefician del servicio, no obstante quedan amarrados al contenido del mismo que pueden, o no

---

<sup>421</sup> MOLINA, BEDOYA ANDREA. *Revista Letras Jurídicas*. Vol. 14 No. 1. Marzo 2009. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. ( epm ), p. 122 y 123. ISSN 0122-7564.

<sup>422</sup> Caso de la Comunidad Económica Europea. Directiva 13/93. Chile: Ley 19946 de protección a los consumidores. “Sistema Italiano en el que desde el año de 1996 para los contratos con el consumidor en los artículos 1469 bis y ss, se introdujo un control sustancial referido al contenido de la cláusula que apareciera en el contrato con el consumidor, como una tendencia legislativa que se siguió en los artículos 33 a 37 del codice del consumo”, de 2005 que regula toda la normativa que protege al consumidor. GUAL, ACOSTA JOSÉ MANUEL. *Cláusulas de Exoneración y Limitación de Responsabilidad Civil*. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. Colombia. 2008. p 315.

conocer, puesto que su inmueble ya está vinculado al mismo, una vez es adquirido, aunado ello a la necesidad de contar con el servicio, lo que no le permite tomar la opción de dejarlo o tomarlo, pues en el caso por ejemplo del servicio de acueducto este se convierte en un servicio vital.

Innumerables factores se han recogido de la revisión jurisprudencial. Un primer insumo está dado en la determinación de lo que hoy se enseña en el ordenamiento jurídico colombiano como cláusulas abusivas: son estas sentencias —si bien no las únicas—, las que se plantean como de mayor envergadura en el estudio del tema, en el que se toma como punto de partida las exigencias a tener en cuenta en relación con el contrato de adhesión.

Iniciamos este recuento histórico jurisprudencial con la Sentencia de 15 de diciembre de 1970, en la que se señaló<sup>423</sup>: «La buena fe y diligencia son piedras angulares de todo ordenamiento jurídico. Tanto las cláusulas como el Código de Comercio le dan importancia a la exactitud de las declaraciones del asegurado, base del contrato de seguro. El uso generalizado de los contratos de adhesión no autoriza a los jueces para negar su valor u obligatoriedad a las cláusulas de dichos contratos que están conformes con las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres. A pesar de

---

<sup>423</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de diciembre de 1970: En este caso se estudia la demanda presentada contra una compañía aseguradora a la cual se le requería amparar el incendio ocurrido fortuitamente por acto imprevisto que destruyó las pertenencias aseguradas. En esta ocasión frente al tema objeto de estudio la Corte dispuso: “Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite aceptar las condiciones impuestas por la otra; aún así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo [...] Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente [...] En conclusión: no es cierto, que el contrato de seguro, aunque se celebre por adhesión no admita en todo su amplitud la operancia del postulado de la autonomía de la voluntad privada, tal cual este se encuentra consagrado en la ley, entre otros en el artículo 1602 del Cód. Civ., para todos los contratos pre estipulado o no, así como tampoco es cierto que las partes, en ejercicio de dicha autonomía, no puedan insertar en el contrato todas las estipulaciones que estimen convenientes, desde luego con la limitación general de no contrariar el orden público y las buenas costumbres, especialmente cuando están amparados por leyes imperativas, como lo prescriben los artículos 16, 1518, 1523, 1524 y concordantes del Cód. Civ.”



las teorías reglamentarias, la ley no exige que la formación del contrato sea la culminación de un proceso de discusión. Aún la parte que adhiere, contribuye a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo. Si la adhesión basta para formar el contrato todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente, así sean abusivas, porque es al Legislador, y no al juez, al que corresponde evitar la inserción de cláusulas leoninas.

Por consiguiente, en estos contratos opera en toda su amplitud el postulado de la autonomía de la voluntad privada, y, por lo tanto, las partes pueden insertar en el contrato todas las estipulaciones, que estimen convenientes con las limitaciones conocidas (ley imperativa, etc.). En este caso, como se observa, se realiza el análisis del contrato de seguro el cual comparte la identidad respecto del contrato de SPD en el sentido que ambos son de adhesión, y se da el reconocimiento al mismo como “contrato” dejando de lado la discusión de si se trataba en realidad de un verdadero contrato o no.

Este trascendental aporte de la naciente teoría de las cláusulas abusivas en relación con la mirada que se le debe dar al contenido del contrato de adhesión en torno a su sometimiento a las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres, se convierte en el derrotero para la calificación de las cláusulas contenidas en el contrato, las cuales siendo claras debe estarse al tenor literal de lo dispuesto en ellas, sin que le sea posible interpretación distinta de su contenido al juzgador o a un tercero.

Si bien con el respeto a lo pactado en el contrato se da respaldo al querer de las partes, esto exige de manera inmediata el cumplimiento de la obligación relacionada con el deber de información, a efectos de lograr esa transparencia y comprensión del contenido del contrato suscrito por las partes, especialmente por el adherente.

Soporta la afirmación precedente, la sentencia de agosto 29 de 1980<sup>424</sup>, mediante la cual la Corte Suprema de Justicia mantiene su criterio para la interpretación de los contratos de adhesión bajo los moldes clásicos de interpretación del Código Civil.

En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes.

Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas, y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se toma inocuo cualquier intento de interpretación.

Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar, ni desnaturalizar pactos cuyo contenido sea claro y determinante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes.

---

<sup>424</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 29 de 1980. En esa ocasión la Corte realiza el estudio con ocasión de la interpretación de un contrato de seguro: cuando por disenso de las partes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las obligaciones surgidas de la relación material por ellas acordada. Aquí se establece que corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones cuyo cumplimiento debe asegurar interpretar el contrato, o sea, investigar el significado efectivo del negocio jurídico.

Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se revelaría directamente contra la voluntad de las partes expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar.

Se ha dicho con estrictez que el contrato de adhesión, del cual es prototipo el de seguro, se distingue del que se celebra mediante libre y previa discusión de sus estipulaciones más importantes, en que en aquél una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra se limita a aceptar o rechazar sin posibilidad de hacer contrapropuestas.

Como lo apunta la sentencia recurrida la mayoría de las veces ocurre que en los contratos de adhesión de seguros, de telefonía, de televisión (solo para citar unos casos) se hacen constar en formatos sus cláusulas sin que el adherente siquiera revise su contenido. Pero que ello sea así no puede desconocer a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta, su voluntad actúa, a tal punto que al acogerla presta libremente su consentimiento.

Sin embargo ha permeado en el ordenamiento jurídico colombiano la regla según la cual estos contratos deben ser interpretados en favor de la parte que ha dado su consentimiento de adhesión. Este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no,

cuando las estipulaciones que trae el contrato son claras, determinantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se tornan intangibles para el juez. Pueden aparecer para este exageradas, rigurosas y aún odiosas tales estipulaciones: sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios.

Resulta pues trascendental, en nuestra actualidad constitucional los postulados presentados en la anterior cita, los cuales no son ajenos a la realidad social y política, en relación con la suscripción de los contratos de SPD, los que en ocasiones ni siquiera conoce el usuario realmente sino cuando recibe en su sitio de trabajo o domicilio el valor correspondiente a pagar por el servicio consumido. No obstante previo a ello, dio su consentimiento para la celebración del contrato que se ha convertido en ley para las partes, cuyo contenido al ser claro y preciso limita el poder de interpretación del juez, tal como se presenta en el caso objeto de estudio; pero dicha circunstancia se atenúa teniendo en cuenta el verdadero querer de las partes y la revisión de principios como el de la buena fe, los cuales bajo ninguna circunstancia pueden ser desconocidos.

Es necesario tener presente que la condición de los prestadores de SPD es la de tener una posición de dominio en el mercado. Respecto de este tema la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha realiza pronunciamientos tomando como base el ejercicio de la banca «que en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y

neutras que están autorizadas para realizar así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de las prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir por la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimitará por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del C de Co., está obligada a indemnizar»<sup>425</sup>.

Observamos en esta jurisprudencia un avance importante. Con fundamento en la teoría del abuso del derecho puede reclamarse el perjuicio que cause el ejercicio abusivo del poder dominante de las entidades bancarias en su contratación, con los usuarios de sus servicios. Pero todavía sigue en pie el cuestionamiento sobre ¿qué hacer entonces con las cláusulas abusivas?, tema que precisamente se estudiará en relación con los controles y la forma

---

<sup>425</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil de 19 de octubre de 1994. Arinco contra Corpavi: “En su condición de empresario social o colectivo en el campo de la construcción y con el fin de obtener los recursos financieros necesarios para adelantar, en un bien raíz de su propiedad la construcción de un edificio destinado a la venta de unidades inmobiliarias para vivienda, en 1981 la sociedad demandante acudió a la corporación demandada en solicitud de un préstamo por \$ 105 millones de pesos, préstamo desde luego sometido al principio del valor constante de acuerdo con el cual han de operar por lo general las instituciones de ese tipo y para cuya tramitación fue necesario realizar depósitos en XXX por cuantía equivalente al 10% del importe total del crédito solicitado, lo que obligó a aquella sociedad a acudir a los servicios de intermediarios en el mercado para conseguir a alto costo los fondos que le permitieran cumplir con esta exigencia; b) Con fecha 23 de febrero de 1982 y por una suma inferior a la pedida, la demandada le impartió aprobación a la solicitud, aceptando en consecuencia realizar con la sociedad una operación de crédito en dinero por \$ 94 millones de pesos en la que la entrega por parte de la corporación se llevaría a cabo en dos etapas, una por \$ 68 millones y la otra por \$ 26 millones, siempre y cuando fueran atendidos nuevos requisitos, entre ellos el de constituir otro depósito por un monto igual al 30% los \$ 68 millones del desembolso inicial, depósito reajutable "por corrección monetaria" pero no retribuido con intereses para el depositante [...] Con posterioridad la sociedad demandante requirió ampliar el crédito cumpliendo el mismo procedimiento de la petición inicialmente elevada ante la entidad financiera. Alega en la demanda la sociedad, que fue objeto de abusos por parte de la entidad demandada quien le ha puesto en una situación de desventaja frente a situaciones como el cobro excesivo a que se vio obligada a cancelar los intereses de los créditos solicitados.

de identificarlas para evitar su inclusión en materia contractual, pero se advierte en el presente trabajo esta aproximación solo se realizará en materia de SPD.

En más reciente jurisprudencia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>426</sup>, en proceso de Inversiones Velar contra Naldecon Ltda., insiste en la conducta abusiva de quien introduce al celebrarse un contrato las llamadas cláusulas abusivas, a propósito de un contrato de seguros, donde se trata con particular claridad y precisión una de ellas.

“En negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación como por regla general sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de determinar su contenido, particularmente para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual.

En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria —entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual— de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una

---

<sup>426</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil sentencia del 02 de febrero de 2001. Expediente 5670. En este caso los antecedentes del recurso de casación se sustentan en los siguientes hechos: «las sociedades demandante y demandada celebraron un contrato de suministro, en virtud del cual Naldecon Ltda se obligó a suministrar a Inversiones Velar Ltda., “materiales de construcción de las marcas Mancesa, Corona, Pavco, Pintura Viniltex y Cerraduras”, hasta por un valor de \$45.292.200, suma de dinero que la segunda de tales sociedades se obligó a pagar a la primera, conforme a lo expresado en el contrato aludido, en dinero efectivo, el 5 de julio de 1988, en la Notaría Décima de Cali [...] A su turno solicitaron que se declarara que el contrato de compraventa [...] mediante el cual Inversiones Velar Ltda. transfirió a Naldecon Ltda. el dominio de unos apartamentos [...] es “simulado relativamente” en cuanto que no fue, como allí aparece, una compraventa sino una dación en pago, para cancelar el precio del contrato de suministro a que se ha hecho referencia, el que, por otra, parte, “no es el consignado en dicha escritura”. Otra petición iba dirigida a declarar que Naldecon Ltda. incumplió el contrato de suministro mencionado “al no haber hecho entrega de los elementos y materiales que se obligó a suministrar “. Así las cosas se buscaba declarar la resolución del contrato por incumplimiento de la sociedad demandada [...]»

manera específica – o tarifaria – , limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderadamente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava – sin contrapartida – en que aquellos pueden solicitar al asegurador que cumpla con su obligación de “pagar el siniestro”, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (*onus probandi*).

Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de “las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas”.

En este orden de ideas, el interés público o social impone la necesidad de restablecer el equilibrio contractual, al sancionar con ineficacia aquellas cláusulas del contrato llamadas por la doctrina “abusivas”, en clara aplicación del principio constitucional en virtud del cual el interés privado debe ceder ante aquél.

Posteriormente la misma Corte<sup>427</sup> se ocupa del tema de la posición dominante en los contratos, en la que marca una nueva ruta de lo que debe hacerse judicialmente para procurar el equilibrio de estos. En este punto se debe contextualizar el concepto que corresponde al término **posición dominante** que hace referencia al predominio que se tiene en el mercado.

---

<sup>427</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 14 de 2011: «Celebrados varios contratos de mutuo e hipoteca así como acuerdos de cupo de crédito entre una corporación financiera y el petente, solicitó luego de saldar su deuda la declaración de responsabilidad de la demandada por la liquidación y cobro de sumas de dinero en exceso a las convenidas en esos contratos y la aplicación indebida de los pagos realizados por concepto de capital e intereses a rubros diferentes».

Realizada esta precisión la sentencia referida señala que hay posición dominante cuando: (I) una de las partes mantiene el privilegio de disponer unilateralmente el contenido del contrato y; (II) cuando esa misma parte administra la ejecución del contrato.

Advierte además la Corte que el hecho de ejercer dicha posición de privilegio en el contrato le exige a quien la detenta un mayor miramiento con los usuarios, de tal manera que la buena fe no le permite abusar de su posición de privilegio.

En la ley 142 de 1994 existen varias referencias al tema<sup>428</sup>, en procura de evitar que los prestadores de SPD puedan resultar beneficiados en razón de su posicionamiento influyente en el mercado.

Hasta aquí una mirada de los elementos que otorga la jurisprudencia para la revisión del tema de las cláusulas abusivas que como se ha advertido encuentra su desarrollo normativo en leyes específicas que las abordan. Tal es el caso más reciente de la expedición de la ley 1480 de 2011[...], que combina los dos sistemas que sobre cláusulas abusivas se presentan en el Derecho comparado; por un lado trae una noción general, y por el otro, una lista negra con 14 casos, que en nuestro concepto no son taxativos. Perfectamente el intérprete podría encuadrar un supuesto de cláusula en la noción general, que no se encuentre en la referida lista, incluso tomar alguna de las propuestas en la ley 142, que encuadran en la noción general del Estatuto del Consumidor<sup>429</sup>.

---

<sup>428</sup> Ley 142 de 1994, arts: 2; 11.1; 14.13; 30; 34.6; 35; 73; 86.3; 87.9 párrafo 1; 88.2; 93; 98.1; 98.2; 133.

<sup>429</sup> ARRUBLA, PAUCAR JAIME. *La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: mayo de 2013. pp. 360 -381.



Pero ¿qué significa que una cláusula sea abusiva, por qué su enunciación en una lista? Al respecto surgen varias posiciones, la primera dirigida a diferenciar el concepto de lo que es una cláusula ilegal, y en ese sentido se sostiene que «la cláusula ilegal es aquella que se encuentra prohibida *per se* por el ordenamiento, independientemente de que el contrato se celebre entre dos personas que negocian sus estipulaciones o que el contrato sea preelaborado para ser usado en múltiples transacciones. Por el contrario, la cláusula abusiva es aquella que la ley permite incluir en un contrato, pero que no es aceptable cuando se trata de contratos preelaborados por una parte para ser usados en múltiples relaciones»<sup>430</sup>.

Otra posición permite encontrar el significado de cláusula abusiva a partir de la existencia o no de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. «Lo anterior, puede determinarse, siguiendo el criterio del derecho alemán de comparar el esquema contractual adoptado por las partes, con el previsto por la ley, que en principio debe considerarse equilibrado. Igualmente, ello puede resultar del hecho de que tales cláusulas pongan en peligro la obtención del fin contractual teniendo en cuenta las expectativas que tenían los contratantes»<sup>431</sup>.

Desde el punto de vista legal, también encuentra desarrollo este concepto cuando en el artículo 42 de la ley 1480 de 2011 se señala: «son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos».

---

<sup>430</sup> CÁRDENAS, MEJÍA JUAN PABLO. *Justicia y abuso contractual*. Los Contratos en el Derecho Privado. Universidad del Rosario - Legis. Primera Edición 2007. p. 699.

<sup>431</sup> CÁRDENAS, MEJÍA JUAN PABLO. *Justicia y abuso contractual*. *Los Contratos en el Derecho Privado*. Universidad del Rosario - Legis. Primera Edición 2007. p. 701.

La teoría de las cláusulas abusivas ha sido concebida para controlar los excesos de aquellos que abusan de su libertad contractual, proteger a la parte del contrato que no ha intervenido en la fijación o determinación de su contenido y mantener el equilibrio y la justicia contractual entre las partes.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado abusiva la cláusula que<sup>432</sup>: a) No ha sido negociada de manera individual; b) violenta la buena fe negocial, y c) genera un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

En la doctrina, la cláusula abusiva se ha definido como aquella que: «[E]n contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general, puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.»<sup>433</sup>

De lo hasta aquí señalado se destaca que la concepción de qué es una cláusula abusiva está contenida de manera taxativa en lo normado por la ley 1480 de 2011 en su artículo 42. Definición esta que como se ha presentado conserva o deviene del señalamiento de algunas características que ya habían sido establecidas jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 2001. Además de ello se han abordado estudios

---

<sup>432</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil sentencia del 02 de febrero de 2001. Expediente 5670 –Las características señaladas por la Corte Suprema están inspiradas en la definición que de cláusula abusiva establece la Directiva Europea 93/13 de 1993, en el artículo 3: «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

<sup>433</sup> RENGIFO, GARCÍA ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 197.

por parte de diferentes tratadistas que han propiciado varias disertaciones sobre el tema.

Es éste, pues, el desarrollo teórico en cuanto a la conceptualización de las cláusulas abusivas. A partir de estos supuestos es necesario encontrar la fundamentación del principio de la buena fe en el contrato, puesto que si bien es cierto que la autonomía de la voluntad no deja su papel protagónico independientemente de la clase de contrato de que se trate, es preciso subrayar cómo a pesar de presumirse constitucionalmente la buena fe, se permite la inclusión de cláusulas abusivas.

La anterior afirmación sirve para precisar el siguiente presupuesto relacionado con que la cláusula abusiva no implica *per se* la vulneración de derechos de las partes por su sola inclusión en el contrato, los efectos jurídicos de las mismas cobran vida o tienen incidencia en la medida en que afectan los intereses de la parte que se adhiere a las condiciones predispuestas en el contrato.

Además del principio de la buena fe, el abuso del derecho también de contenido constitucional encuentra justificación en la revisión de los elementos que sirven para explicar el desarrollo de un tema como el de las cláusulas abusivas.

## **A.2 EL ABUSO DEL DERECHO Y EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE INCIDENCIA EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Sería difícil emprender una elaboración teórica para determinar los factores objetivos de calificación de una cláusula como abusiva sin señalar previamente los aspectos que la moldean y dan contenido.

La presente parte se dedicará al estudio de principios como el abuso del derecho y la buena fe en el desarrollo de las relaciones contractuales, a fin de determinar su incidencia en la definición de las denominadas cláusulas abusivas.

Más allá de establecer una definición de qué debe entenderse por cláusula abusiva –tarea que ya se abordó en la parte anterior del presente capítulo–, es necesario ahondar en el sustento material y teórico que la soporta. Las cláusulas abusivas gozan de ciertos criterios generales de identificación a partir de los cuales basta con una revisión de los diferentes sistemas de listas para determinar si las cláusulas que contiene el contrato gozan o no de esta connotación.

Estos aspectos y la puesta en contexto en relación con los SPD constituyen el tema de estudio de este aparte. La primera parte comienza por señalar que «el concepto del abuso de los derechos no es tan novedoso [...], pues ya los romanos lo habían reconocido en el aforismo “*male enim nostro jure uti non debemus; malitis non est indulgendum*” (no debemos usar mal de nuestro derecho, los malos no deben ser perdonados). Este aforismo dejó atrás, o limitó, la significación de otro que le es opuesto: “*neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur*”, (quien usa de su derecho, a nadie perjudica, ningún daño hace). Aquel aforismo admitido por el Derecho Romano, fue heredado por el derecho posterior hasta la Revolución Francesa, cuyo exagerado individualismo derrumbó los límites de los derechos, con lo cual legitimó su abuso, retornando a la primitiva concepción romana sintetizada en el segundo aforismo.

Pero en el siglo pasado, bajo la presión social que se suscitó a fin de darle mayor eficacia a la responsabilidad delictual, la doctrina y la jurisprudencia

francesas revivieron su concepción, para aplicarlo al ejercicio de los derechos cuando su titular incurre en abuso»<sup>434</sup>.

Así las cosas y retomando los elementos propios del origen del tema del abuso del derecho, se tiene que tal término: “abusos proviene del latín “abusus” (*ab* = contra, *usus* = uso) lo que supone, en esencia, “mal uso”. Existe una apariencia de regularidad pero, en esencia, existe un mal uso o un uso excesivo de un derecho. La denominada teoría del abuso del derecho se refiere a la determinación de criterios para establecer, precisamente, pautas de identificación generales de estos abusos o usos incorrectos, auspiciándose medidas restitutorias de los desequilibrios presentados; el resarcimiento de los daños causados con miras a la preservación de la organización social y la satisfacción del interés general. La polémica en torno al abuso del derecho comienza desde su misma denominación pues se dice que es una contradicción hablar de abuso del derecho. Si el acto es abusivo no puede ser conforme a derecho. Si ejecuto un derecho es algo lícito y no abusivo o ilícito<sup>435</sup>.

Varios tratadistas se han preocupado por analizar el tema del abuso del derecho, expresando lo que se entiende por el mismo; así, JOSSERAND, padre de la teoría funcional, señala «cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad»<sup>436</sup>; por su parte GEORGE RIPERT, define que existe abuso en el ejercicio de los derechos contractuales cuando «una de las partes ha faltado a la obligación

---

<sup>434</sup> EMILIANI, ROMÁN RAIMUNDO. *Curso razonado de las obligaciones*. Tomo II. Fuentes involuntarias, y efectos, modalidades y extinción de las obligaciones. Universidad Sergio Arboleda. Santa Fe de Bogotá, D.C. 2001. pp, 464 -465.

<sup>435</sup> ORDOQUI, CASTILLA GUSTAVO. *Abuso del Derecho, civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*. (2ª Edición). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2010, p. 44.

<sup>436</sup> JOSSERAND, LOUIS. *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá, edit. Temis, 1999, p.5

general de obrar de buena fe [...]. El derecho originado en el contrato está casi siempre estrictamente determinado y limitado a la utilidad que las partes pretendan derivar de su ejercicio. Para que haya abuso se requiere, pues, que el ejercicio del derecho no ofrezca ninguna utilidad al que lo ejerce, por ejemplo en el caso de que un contratante agote un plazo que sólo utiliza para perjudicar a la otra parte, o se valga de una cláusula que suprime el derecho a indemnización por daños y perjuicios en caso de demora para obligar a la otra parte a renunciar a los beneficios del contrato»<sup>437</sup>.

Lo característico de la teoría es que existe una norma que regula la acción de un derecho por parte de su titular en determinadas circunstancias, pero como consecuencia del ejercicio de la regulada prerrogativa otro o varios sufren el daño injustificado; para que ese daño sea catalogado como injustificado, se requiere que el titular del derecho ejecute la acción con la finalidad de causar daño, que la acción se realice sin ningún fin serio y legítimo evidente, o que el daño sea excesivo o anormal. El carácter injustificado hace que el derecho quede por fuera del alcance de los principios de la norma que legitima su ejercicio<sup>438</sup>.

Desde otra perspectiva se plantean actualmente dos conceptos de abuso del derecho<sup>439</sup>: «el subjetivo, en función del cual para que exista abuso es

---

<sup>437</sup> RIPERT, GEORGES. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Por Hernando Devis Echandía. La Gran Colombia – Bogotá 1946. Traducción directa de la última edición francesa. p, 145.

<sup>438</sup> ATIENZA RODRIGUEZ, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN. *Ilícitos atípicos sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid Trotta. 2006, p.59.

<sup>439</sup> Este tema además de ser abordado por el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido materia de desarrollo en diferentes normativas, solo para traer a colación unos casos puntuales, se plantea a continuación dos situaciones estudiadas por los tribunales franceses, las cuales han constituido un antecedente importante frente al abuso del derecho: El primer caso corresponde a la Corte de Apelaciones del Tribunal Supremo Francés de Colmar, Sentencia del 2 de mayo de 1855, a través de esta sentencia se establece el camino del abuso del derecho, en donde se afirmó, que el ejercicio del derecho de propiedad “debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”. La sentencia se refería a un propietario que edificó sobre su casa una voluminosa e inútil chimenea delante de la ventana de su vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole la luz. El segundo caso se circunscribe al año de 1856, mediante sentencia proferida por el Tribunal Supremo Francés de Lyon se sancionó a un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para

imprescindible el *animus nocendi* o la intención de dañar de quien ejerce el derecho; y el objetivo, que se centra tan solo en la existencia del daño o perjuicio como elemento indispensable del abuso. Desde la concepción subjetiva, la relación entre abuso del derecho y mala fe es clara, pues es una conducta socialmente inaceptable, al menos desde la perspectiva del hombre honrado, recto, honesto que las personas actúen con *animus nocendi*. Y desde la concepción objetiva, sí es posible distinguir con nitidez ambas figuras jurídicas, ya que el abuso del derecho se despoja de cualquier consideración valorativa en el actuar del causante del daño y su existencia se centra tan solo en el elemento externo del daño o perjuicio como requisito imprescindible para su apreciación». <sup>440</sup>

En este orden de ideas resulta importante señalar que “el abuso del derecho no tiene asidero cuando se vulneran los derechos del otro en ejercicio de la libertad de actuar. Así, por ejemplo, cuando se causa un daño a una persona en ejercicio de la libertad de locomoción, no es necesario acudir a la figura del abuso del derecho, pues simplemente deben aplicarse las normas de responsabilidad civil para determinar si hay o no una obligación de reparar los daños causados<sup>441</sup>”.

En el Código de Comercio Colombiano aparece la indemnización como consecuencia del abuso del derecho, en el artículo 830: «...habrá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean

---

succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole el acceso a la misma; el agua no era utilizada por el propietario sino que la dejaba perder en el río. El Tribunal de Lyon condenó al propietario dado que se había servido del poder de abusar de su cosa, inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar.

<sup>440</sup> PICÓ I JUNOY, JOAN. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. (J.M. BOSCH EDITOR - Barcelona) 1997, p. 23. «[...] el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto».

<sup>441</sup> CÁRDENAS, MEJÍA JUAN PABLO. *Justicia y abuso contractual. Los Contratos en el Derecho Privado*. Universidad del Rosario - Legis. Primera Edición 2007. p. 704.

ordinariamente en sus actos o negocios propios.»<sup>442</sup> Y por lo tanto si causa daño, debe indemnizarlo.

De lo expuesto en forma precedente se extrae como conclusión que «el abuso del derecho envuelve los siguientes elementos: a) la existencia de una prerrogativa de origen legal o contractual, es decir, un derecho reconocido por la ley o por un contrato, y b) el ejercicio del mencionado derecho, con el propósito de dañar o perjudicar a otro o con una finalidad distinta a la que le corresponde. [...] En el campo contractual la jurisprudencia identifica como una situación constitutiva de abuso del derecho el insertar cláusulas abusivas en el contrato<sup>443</sup>, situación que encuentra asidero en el tema que se está tratando puesto que se trata del ejercicio de un derecho en forma abusiva cuando a sabiendas del ejercicio del poder de determinación del contenido del contrato se insertan en él este tipo de cláusulas en detrimento de las expectativas de quien se adhiere al contrato, esto es, del usuario.

Se presenta en la actualidad además del desarrollo doctrinal esbozado los lineamientos que respecto del tema ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, que en diversos eventos ha analizado casos de abuso»<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> ALESSANDRI, RODRÍGUEZ ARTURO. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 2ª edición. Editorial Ediar-Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1983, p. 261.

<sup>443</sup> También la doctrina ha señalado que «para figurar como abusivo un comportamiento contractual debe partirse del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, emergente de la relación contractual, con un sentido diferente de la finalidad institucional reconocida o sin un motivo serio y legítimo, y según los usos y costumbres que el tráfico jurídico impone en cada actividad» (SANTOS, BALLESTEROS JORGE. *El abuso contractual*, Vol. 4, de Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI, p. 291, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2010).

<sup>444</sup> A tal efecto, cabe citar, en primer lugar, la Sentencia del 19 de octubre de 1994: en la cual la Corte aceptó la posibilidad de aplicar la teoría del abuso del derecho en materia contractual. En dicha sentencia, además de reconocer la posibilidad de aplicar el abuso del derecho en materia contractual y precisar que para determinar su existencia debe acudir a los diversos criterios, tanto objetivos como subjetivos, señalados por la doctrina para determinar el abuso del derecho, la Corte hizo referencia a los abusos de la posición de dominio que pueden presentarse tanto en la celebración de un contrato como en su ejecución. Señaló en particular la Corte como un caso de abuso, cuando «una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada por acción o por omisión con detrimento del



La aplicación efectiva a casos concretos del concepto de las cláusulas abusivas, lo hizo la Corte Suprema de Justicia, vía interpretación de principios constitucionales como el de buena fe y el de abuso del derecho<sup>445</sup>, al igual que de las normas privatistas, como la consagra en el artículo 830 del Código de Comercio, que como se indicó en líneas anteriores, señala que “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Así, «la jurisprudencia nacional se ha servido de la teoría del abuso del derecho como fundamento para controlar las cláusulas abusivas. Esto se debe al hecho de que el abuso puede presentarse en el ejercicio de cualquier derecho subjetivo dentro del marco de la responsabilidad civil extracontractual o contractual, ya que respecto de esta, puede existir abuso en la redacción, ejecución o liquidación de cualquier clase de contrato»<sup>446</sup>.

---

equilibrio económico de la contratación. Vale la pena señalar que en esta sentencia la Corte Suprema de Justicia, quiso sentar un criterio general, pues aun cuando al caso concreto era aplicable el Art. 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Corte realizó un análisis general. Dicho artículo dispone “en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones (se refiere a las financieras) deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”. Asimismo, en Sentencia del 27 de marzo de 1998 -Expediente No. 4798- la Corte analizó el caso de un contrato de compraventa de un barco, en el cual se decía que el precio se pagaría con un préstamo de la entidad financiera. En dicho contrato la entidad financiera había dejado constancia de que la firma de la escritura no implicaba para ella la obligación de realizar operaciones de cualquier naturaleza. Posteriormente, la entidad financiera no aprobó el crédito. El Tribunal dijo que en tal caso no podía haber responsabilidad por no desembolsar los recursos. En su sentencia la Corte critica la posición del Tribunal y considera que dicha estipulación debe analizarse a la luz de la buena fe que es la única que “al fin y al cabo permite no solo mantener el equilibrio contractual, que cláusulas como la comentada tienden a desvirtuar, sino a controlar el poder efectivo de una de las partes».

<sup>445</sup> Según ERNESTO RENGIFO, «la figura del abuso del derecho surgió en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídico – culturales del código de Napoleón, esto es, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos y de manera particular el de propiedad». RENGIFO GARCIA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. (2ª Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2004. p.11.

<sup>446</sup> SUESCUN DE ROA, FELIPE. *Control judicial de las Cláusulas Abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad*, en *Revista de Derecho Privado* 41, Universidad de los Andes. Septiembre de 2009, p. 5.

Bajo esta perspectiva es preciso «reiterar que las cláusulas abusivas constituyen solo una de las hipótesis de las tantas en que puede darse el abuso del derecho, el cual tiene un alcance mucho más amplio y, por supuesto contempla también aquellas situaciones en que hay un ejercicio abusivo del derecho contractual. Si se trata de cláusulas abusivas, el abuso del derecho se constata con su sola presencia, independientemente del uso que las partes contratantes efectivamente hagan de ellas»<sup>447</sup>.

[...] «La teoría de las cláusulas abusivas lo que realmente busca es castigar el ejercicio abusivo de la libertad contractual, situación que conlleva estudiar en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, el principio de la buena fe»<sup>448</sup> como elemento irradiador de las actuaciones de los individuos; a su vez se presenta la relación entre el abuso del derecho y el equilibrio contractual, como insumos necesarios para la elaboración de la matriz de identificación de caracteres de las cláusulas abusivas que se desarrollará en este capítulo.

Es así, que las cláusulas abusivas se dan en los contratos de adhesión, en donde no hay que confundir con el abuso del derecho este concepto, ya que cuando de cláusulas abusivas se trata, se encuentra frente a un ejercicio excesivo tal y como se expone a continuación.

El término abusivo en el contexto de los contratos con condiciones predispuestas, no está relacionado con la figura de abuso del derecho o el ejercicio abusivo de un derecho, sino con criterio de “excesivo”. En tal sentido, una cláusula es abusiva cuando en una relación contractual específica reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los

---

<sup>447</sup> VALDERRAMA, ROJAS CARMEN LIGIA. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: mayo de 2013. p. 418.

<sup>448</sup> RODRÍGUEZ, YONG CAMILO ANDRÉS. Una Aproximación a las cláusulas abusivas – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Legis S.A. 2013, pp. 32- 34.

contratantes en menoscabo del otro. También se denomina cláusulas vejatorias porque agravan la posición de un contratante.

En este orden de ideas una cláusula será abusiva, cuando en la relación contractual exista: «a) una desviación del principio de la buena fe contractual. b) una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual. c) un detrimento o perjuicio en contrato del adherente o el esquema contractual. d) una atribución exorbitante a favor del predisponente del esquema contractual»<sup>449</sup>.

Así se puede decir que, «...La preocupación sobre las cláusulas abusivas se ha dado a partir de la existencia de los contratos por adhesión con condiciones generales y uniformes predispuestas por una de las partes, frente a los abusos, que mediante esta forma de contratación se pueden dar contra la parte adherente, la cual, por lo general, es una parte menos fuerte que aquella parte profesional o empresarial que preestablece o pre redacta el contenido de las cláusulas del contrato. La preocupación se da ante una realidad socio económica que afectaría la libertad contractual, al resultarle impuestas esas cláusulas al [usuario] cuando celebran [contratos de SPD] sin posibilidad de modificarlas o discutirlos...»<sup>450</sup>.

Al llegar a este punto, es oportuno exponer y analizar, la incidencia del abuso del derecho respecto del equilibrio contractual, ya que a partir de este principio se protege la equivalencia de cargas contractuales que se deben generar entre las partes al perfeccionar el contrato, y por consiguiente velar

---

<sup>449</sup> SOTO, COAGUILA CARLOS. *Las Cláusulas Generales de Contratación y las Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. Vniversitas diciembre 106. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia. 2003. p.588.

<sup>450</sup> GUAL, ACOSTA JOSÉ MANUEL. *El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución*. Revista IUSTA. 2009. p. 24

por los intereses de cada una de ellas dentro de los cuales está la protección frente a la imposición de cláusulas abusivas.

Así las cosas, «no hay duda de que los contratantes deben respetar la buena fe en todas las etapas del íter negocial, tanto en la formación del contrato como luego de celebrado, durante la fase de su ejecución. De igual manera la buena fe contractual incide en el tratamiento de aquellas anomalías que en el nacimiento o durante la vida del contrato pueden presentarse como límites a su eficacia vinculante. En este sentido, durante la etapa de formación adquieren relevancia las materias de los vicios de la voluntad, de la lesión, y, en estrecha relación con estas, el aprovechamiento del estado de necesidad o de peligro. Por su parte, durante la ejecución presentan relevancia las materias del incumplimiento, la excesiva onerosidad sobrevenida, el cambio de la base negocial, la imprevisión, en fin, los problemas de la sobrevinencia contractual, y, en especial, los criterios para la adaptación de los llamados contratos de duración. En cierta medida, todos estos fenómenos conducen a la revisión del contrato por desequilibrio inicial o por desequilibrio sobrevenido según sea el caso»<sup>451</sup>.

En procura de buscar remedios a las diferentes situaciones que como las mencionadas anteriormente podrían conducir a dar fin al contrato, la buena fe y el equilibrio contractual se presentan como instrumentos de conservación del contrato, «actúan para procurar una justicia contractual y evitar desproporciones entre las prestaciones, que se traduce en una excesiva e injustificada ventaja económica para una de las partes en detrimento de la otra, bien sea a causa del aprovechamiento de un estado de necesidad o de peligro al momento de la celebración del contrato, o, bien sea durante su ejecución, a causa del cambio sobrevenido de las circunstancias

---

<sup>451</sup> CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato*. Revista de derecho privado. No. 14. 2008, p. 113.

iniciales que hacen más oneroso, el cumplimiento, para evitar, además, cualquier abuso de la función instrumental del tipo contractual»<sup>452</sup>.

El equilibrio contractual por su parte interviene para permitir que se dé una equivalencia en las cargas que se imponen entre las partes en un contrato, es decir, que a través de este se vela por un justo desarrollo de las actuaciones contractuales, este actuar en medidas equivalentes debe verse reflejado tanto en la formación como en la ejecución del contrato.

La buena fe se presenta como el derrotero que permite dentro del contrato evidenciar un proceder leal, correcto de las partes con el propósito de satisfacer las necesidades de quienes optan por la obtención de un bien o servicio, sin que con este contrato se busque un aprovechamiento propio o se de en menoscabo de los intereses del otro.

A continuación se dedicará unas líneas del presente trabajo a revisar cómo ha sido concebido este principio y cuál es su incidencia en relación con el propósito de determinar las consecuencias de las cláusulas abusivas introducidas al contrato. Si este principio se muestra como el elemento que permea todas las etapas del mismo, inclusive desde los tratos preliminares hasta su terminación.

Varios desarrollos se han presentado acerca de la concepción de la buena fe. Se señala así que «la buena fe es un concepto ético de antiquísima aparición, que ilustra instituciones filosóficas, morales y jurídicas, y que se halla en permanente evolución. Es un concepto dinámico y no estático; aunque mantiene su idiosincrasia como base, ello no le impide actualizarse conforme a la evolución que experimentan los cambios políticos y sociales de los pueblos". [...] se trata de un postulado que adopta concepciones

---

<sup>452</sup> CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. *Ob. Cit.*, p. 114

abstractas y pasa a formar parte de los ordenamientos jurídicos a través de fórmulas concretas, que ayudan al jurista en su labor hermenéutica, en la toma de decisiones y en la aplicación del derecho positivo. [...] el contenido del deber de buena fe se puede escindir en tres sub-deberes: "a) El deber de información, entendido como la obligación que tienen las partes de dar a conocer claramente los pormenores del negocio, las características y reales condiciones de los objetos materiales que servirán de soporte a las obligaciones futuras de las partes (...) b) El deber de secreto le impone a los intervinientes durante la etapa precontractual la obligación de abstenerse de divulgar aquellas noticias que haya conocido con ocasión de la preparación del negocio, de cuya divulgación se pudiera generar un perjuicio para el otro. c) El deber de custodia consiste en que todo aquel que reciba bienes con ocasión de un proyectado negocio, así no se realice, tiene la obligación de conservarlos, custodiarlos y devolverlos, si es el caso»<sup>453</sup>.

Se hace mención de este concepto toda vez que en el contrato las cláusulas que son impuestas por una de las partes como sucede en el caso de los servicios públicos domiciliarios, deben obedecer al cumplimiento de estos subdeberes, sin que importe que se trate de un contrato de adhesión, pues *per se* la sola calidad o forma del contrato no exime a los contratantes de respetar esta obligación de respeto a las expectativas del otro.

Así las cosas «podría concluirse que son abusivas y contrarias a la buena fe aquellas cláusulas que permiten limitar el alcance de las obligaciones del empresario estableciendo un desequilibrio entre las dos partes, cuando tal límite no estuvo contemplado en las expectativas legítimas de la otra parte. Asimismo, no sería conforme a la buena fe que se incluyan cláusulas que le permitan al empresario apartarse de aquello que fue tomado en cuenta por el

---

<sup>453</sup> ARRUBLA, PAUCAR JAIME ALBERTO. *Contratos Mercantiles*. Tomo I. Dike Editores. Medellín. 1.997. Pág. 97 *Ibíd.* Pág. 102-103

consumidor al contratar, es decir, las promesas publicitarias que se le hicieron»<sup>454</sup>.

Es necesario tener en cuenta que «este principio se exige frente a ambas partes en el contrato, pues mal haría el legislador o la jurisprudencia establecer solo la carga para quien determina el contenido del contrato, de ahí que se sostenga que frente a las funciones de la Buena Fe, son varias las que ha identificado la jurisprudencia colombiana»<sup>455</sup>. «La primera, a la que se refieren los artículos 1603 del código civil y 871 del código de comercio, es vista como una función integradora del contrato. De esta función se derivan unos deberes de conducta (información, investigación, claridad, exactitud, secreto y custodia), cuyo cumplimiento contribuye a precisar el contenido y alcance de las obligaciones que emergen de la relación contractual. Una segunda función atribuida al principio de la buena fe es la de limitar la autonomía privada mediante la exclusión de conductas y cláusulas que puedan considerarse o calificarse de mala fe. En tercer lugar, cumple una función de lealtad y corrección al imponer a las partes, tanto en la negociación como en la celebración y ejecución del contrato, la obligación de actuar teniendo en cuenta no solo los intereses propios sino también los de la contraparte»<sup>456</sup>. Finalmente, como cuarta función, el principio de la

---

<sup>454</sup> CÁRDENAS, MEJÍA JUAN PABLO. *Justicia y abuso contractual. Los Contratos en el Derecho Privado*. Universidad del Rosario - Legis. Primera Edición 2007. p. 702.

<sup>455</sup> RODRÍGUEZ, YONG CAMILO ANDRÉS. *Una Aproximación a las cláusulas abusivas*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Legis S.A. 2013, pp. 34- 36.

<sup>456</sup> En este sentido se ha afirmado que «la buena fe, por consiguiente, sirve en su función integradora para definir el contenido de la obligación y la determinación de la prestación debida. La buena fe le impone al deudor la obligación de suministrar al acreedor la colaboración necesaria para la satisfacción de su interés, al tiempo que la lealtad y corrección imponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad de la contraparte y, en consecuencia, la obligación de abstenerse de incurrir en comportamientos que ocasionen a la otra parte un daño». Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento (2006 – 29 de noviembre). Jaime de la Cruz vs. Héctor Villa Osorio. Al respecto también puede verse: Pájaro (2009 pp. 364-370) y Corte Suprema de Justicia (2011 – 30 de agosto). Expediente: 11001-3103-012-1999-01957-01. En efecto, todo contrato existente y válido, «obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (*essentialia negotia*), ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) o expresamente pactado (*accidentalialia negotia*), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria

buena fe sirve para corregir desequilibrios entre las obligaciones de las partes»<sup>457</sup>.

Además este principio debe irradiar el *ser* del contrato, que para el presente caso se refiere al de la prestación de servicios públicos domiciliarios, que por tener la connotación de condiciones generales, exige hacer explícita su función respecto de las partes que intervienen en el perfeccionamiento del mismo.

Así como se advierte la importancia del estudio de los temas anteriormente tratados, el que se refiere a la posición dominante «del que constituye una clara expresión en el campo contractual el ámbito de los servicios públicos y el de la actividad financiera»<sup>458</sup>, también cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que en materia de SPD es esta la denominación que se da frente a las situaciones de abuso que se enlistan, y se establece al respecto la prohibición de que sean incorporadas en el contenido del contrato suscrito con el usuario del servicio.

La ley 142 de 1994, en su artículo 14, atribuye a las empresas de servicios públicos una posición dominante frente a sus usuarios, lo que también hace

---

(*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 C. Co.), y su observancia vincula a los contratantes» (cas. civ. sentencia de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01).

<sup>457</sup> PADILLA, SAHAGÚN GUMESINDO. *Derecho Romano*. Mc Graw Hill. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Cuarta edición, 2008, pp. 220-222.

<sup>458</sup>Corte Suprema de Justicia sentencia del 19 de Octubre de 1994. Expediente 3972. Mediante este fallo se deciden los recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por la sociedad Ltda. contra la corporación de ahorro y vivienda. En esta ocasión la Corte dispuso: [...] “La banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar”.



la jurisprudencia en el caso de las entidades financieras<sup>459</sup> y actividades aseguradoras.

Es importante advertir que la posición dominante no se castiga de manera automática, esto es, no es negativa la existencia de la posición dominante, «[...] existe plena justificación para la imposición de sanciones en aquellas situaciones que involucran un abuso de la posición dominante, es decir, cuando la parte que ostenta o disfruta de una posición privilegiada la utiliza **para afectar la competencia en el mercado** o para fortalecer su posición en la relación contractual de manera injustificada.<sup>460</sup> La imposición de cláusulas abusivas en el contrato, por parte de quien disfruta de una posición de dominio, constituye o representa un abuso de esta»<sup>461</sup>. Como se advirtió la posición de dominio<sup>462</sup> establece la situación de los prestadores frente al

---

<sup>459</sup> Sentencia T-321 de 01 de abril de 2004. Se resolvió una acción de tutela interpuesta contra el Banco Comercial AV Villas el 04 de septiembre de 2003, por considerar que estaban siendo vulnerados los derechos constitucionales de petición, al debido proceso, a la igualdad y a la propiedad. A este respecto, se señaló por la actora que esa entidad bancaria le había negado levantar la hipoteca que gravaba los inmuebles de su propiedad, aun cuando la obligación que originó la constitución del gravamen ya estaba cancelada. En esta ocasión la Corte señaló: “Las entidades financieras, en las actuaciones frente a sus usuarios, tienen una posición privilegiada que las erige como verdaderas autoridades ante ellos, condición que, a la vez que les otorga prerrogativas superiores a la de los particulares, las obliga a ejercer las acciones necesarias para garantizar el libre y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales de sus clientes y, entre ellos, el del debido proceso”.

<sup>460</sup> Sentencia Corte Constitucional 14 de septiembre de 2000 - SU 1193-. En este proceso las Empresas Públicas de Medellín a través de apoderada, presentó acción de tutela ante el Juzgado Civil del Circuito de Medellín, reparto, el 12 de noviembre de 1999, contra la Nación – Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas, Creg, por considerar que las demandadas les están impidiendo participar en las mismas condiciones que los otros interesados, en el proceso de venta de las acciones de la sociedad Isagen, lo que viola los derechos constitucionales a la igualdad, debido proceso, asociación y libertad de empresa. En tal sentido señaló la Corte: “al respecto, se observa por la Corte que el Estado garantiza la libertad económica conforme a la norma citada y que ha de intervenir, por mandato de la ley, para impedir el abuso de la posición dominante en el mercado nacional. Pero no puede confundirse esta, que puede ser legítima, con el abuso de ella, que es cosa distinta y que merece el reproche del constituyente”.

<sup>461</sup> RODRÍGUEZ, YONG CAMILO ANDRÉS. *Una Aproximación a las cláusulas abusivas*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Legis S.A. 2013, pp. 37-41.

<sup>462</sup> Sentencia T-375/97, en esta sentencia la Corte tuvo la oportunidad de referirse a la constitución de abuso de la posición dominante cuando, apelando a la libertad contractual, se da la negativa a contratar. Señaló la Corporación que tal abuso «Se configura cuando sin obrar un motivo objetivo y razonable, la empresa dominante rehúsa suministrar el bien que produce a quien lo solicita, eliminando o restringiendo la competencia en dicho mercado o reservándolo para sí». En esta ocasión, la Corte consideró que el mencionado abuso se había presentado en el caso en el cual un único proveedor de

mercado, pero puede de manera indirecta incidir frente a las denominadas cláusulas abusivas.

En el caso específico de los SPD, si bien, se plantea el tema de la posición dominante esta se refiere al desempeño del prestador frente al mercado. Para nuestro objeto de estudio así se haga mención en el art. 133 de la ley 142 de 1994 de casos de abuso de posición dominante, se tomará esta lista como enunciativa de situaciones de cláusulas abusivas.

---

materia prima necesaria para que el actor de la tutela desarrollara su labor de subsistencia se había negado a la venta del producto, en virtud de que el comprador había presentado una denuncia por irregularidades en el pesaje del producto entregado. Consideró la Corte que «Tratándose de un pequeño empresario, la negativa a contratar en las condiciones señaladas, viola el derecho al trabajo cuando ella tiene como consecuencia material y directa la clausura de su fuente única de sustento y ello obedece a un acto deliberado e ilegítimo de retaliación.» En consecuencia, ordenó el suministro del producto. En la misma sentencia, la Corte tuvo la oportunidad de referirse a los límites de la libertad contractual en los siguientes términos: “La sociedad demandada opera bajo las reglas del derecho privado. En consecuencia, en ejercicio de la libertad contractual, inherente a la libertad de empresa, no se le puede adscribir a su cargo un deber general de contratar. De otro lado, la empresa que junto a otras compete en un mercado concurrencial, no está obligada a otorgar a sus clientes una igualdad de trato. La ley, sin embargo, en determinados casos impone la obligación de contratar. Baste a este respecto mencionar la situación de las personas que prestan servicios públicos o tienen un monopolio de hecho o de derecho, a quienes está vedado suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora (C.P. art. 979), con lo cual se compensa a éstos la falta de auto-defensa derivada de la ausencia virtual de mercado. En el mismo sentido, se regula una obligación semejante en cabeza del transportador, desde luego siempre que lo permitan los medios ordinarios a su disposición y que se cumplan las condiciones normales y su régimen interno (C.de Co art. 989). Por su parte, la oferta que se hace al público mediante la exhibición de mercancías y la indicación de su precio, adquiere mientras ello ocurre, carácter obligatorio (C de Co., art. 848). Las normas y principios que en materia económica ha incorporado la Constitución Política, no permiten sostener que las hipótesis legales a las que se ha hecho alusión sean excepcionales. En primer lugar, al lado de la libertad económica, la Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones. Sin pretender sujetar a los agentes económicos a una dirección unitaria centralizada, se reconoce que su acción no solamente se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general. La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía. A esta visión, forzosamente deberá adicionarse la consideración de sus consecuencias sociales y ecológicas. La libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales de rango superior. Es posible que en un caso concreto, la negativa de una empresa a contratar, por su absoluta falta de justicia, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, no pueda ya ampararse en el margen amplísimo de discrecionalidad que al empresario garantiza la libertad de empresa, y ello sin duda se presenta cuando se vulneran de manera manifiesta, como se ha dicho, valores o principios constitucionales superiores a la libertad de empresa.»

A partir de estas consideraciones se toman los principios de buena fe y abuso del derecho como limitativos y correctivos de la libertad contractual, lo que conlleva establecer que sirven de insumo para determinar la calidad o no de abusiva de una cláusula dentro del contrato.

La recepción de estos conceptos acerca de qué debe entenderse por cláusula abusiva y la revisión de su contenido desde la perspectiva orientadora del abuso del derecho y la buena fe, nos permite ahora proceder a caracterizar de manera particular las cláusulas abusivas, tema que será objeto de estudio a continuación.

### **A.3 ANÁLISIS E IDENTIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA**

El estudio de los postulados normativos, las directrices jurisprudenciales y la interpretación doctrinal acerca del tema, permite señalar con precisión cuándo se está en presencia de una cláusula abusiva, no obstante ello para prever herramientas de trabajo para su caracterización se presentan a continuación elementos desde el punto práctico y teórico que conducirán a tal fin.

La finalidad de determinar no solo los elementos teóricos, sino también las implicaciones procedimentales frente a su incorporación en el contrato de SPD es el motivo que conduce a realizar este estudio.

Desde un punto de vista práctico – normativo este aspecto de establecer las características de las cláusulas abusivas ha implicado muchas veces la consagración de fórmulas que permiten establecer no solo los lineamientos generales que las definen, sino también, revisar el contenido del contrato en su conjunto, pues como se ha advertido estas no pueden ser miradas de

manera aislada al querer o intención de las partes que han celebrado el contrato.

Así se tiene entonces que dentro de las características de las cláusulas abusivas<sup>463</sup> están aquellas referidas a que se trata de «a) una cláusula redactada e impuesta por uno solo de los contratantes [situación formal]. b) Su contenido genera un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debido al reconocimiento de una prerrogativa a favor de la parte que impone la cláusula, o una carga o gravamen en contra de quien debe aceptarla [situación sustancial], y c) el desequilibrio generado por la cláusula que además de relevante, es injustificado o irrazonable [situación objetiva]».

Se ha querido establecer tres situaciones dentro de la identificación de características propias de las cláusulas abusivas así: una primera referida a la forma, esto es a la manera como se presenta el contrato. El documento que contiene las disposiciones frente a la prestación del servicio contiene un clausulado ya redactado, por lo tanto ratifica la situación de tratarse de un contrato de adhesión.

La segunda situación tiene que ver con el contenido del contrato de tal manera que existen disposiciones que cobijan a ambas partes sin que sea posible discutir la esencia de las materias en él establecidas.

La tercera situación hace referencia a las consecuencias para las partes o terceros a partir del desarrollo del contenido contractual. Esto permite que se configure diferentes situaciones que podrían poner en desventaja no solo al suscriptor del contrato sino a los demás afectados con este, por ejemplo para

---

<sup>463</sup> RODRÍGUEZ, YONG CAMILO ANDRÉS. *Una Aproximación a las cláusulas abusivas*, Op. Cit., pp. 49-77.

el caso en que se dé un abuso de la posición dominante en razón de los desequilibrios contenidos en este desde su elaboración y puesta a disposición de las partes interesadas en obtener la prestación de dicho servicio, pudiéndose a obtener por parte del prestador una situación de privilegio en el mercado logrando inclusive situaciones de monopolio, las cuales han querido ser restringidas por parte de la Constitución Política Colombiana.

En relación con estas características es pertinente hacer los siguientes comentarios: El desequilibrio significativo – aspecto sustancial - es el que se refiere a las prestaciones de los contratantes<sup>464</sup> «[...] esta precisión es importante pues implica que, para considerar abusiva una cláusula, se requiere siempre un desequilibrio normativo, haciendo mención de la premisa que el contrato es ley para las partes, por lo tanto puede ser que ocurra al mismo tiempo uno de carácter económico, como pueda que no, no obstante es necesario romper el equilibrio entre lo pactado por las partes. [...]El desequilibrio generado por una cláusula abusiva, además de ser de tipo normativo, debe ser significativo o relevante»<sup>465</sup>.

En un contrato «puede existir una cláusula que establezca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pero si este desequilibrio no es importante, es decir, es ínfimo o de poca relevancia, no podrá considerarse que la cláusula es abusiva. Por esto se ha dicho que la doctrina

---

<sup>464</sup> GUAL, ACOSTA JOSÉ MANUEL. Cláusulas de Exoneración y Limitación de Responsabilidad Civil. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2008. p 334.

<sup>465</sup> Aunque el artículo 42 del estatuto del consumidor colombiano se refiere únicamente de manera expresa a un desequilibrio injustificado, la necesidad de que este sea significativo se puede inferir de la parte final del mencionado artículo, la cual señala que: “para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”.

de las cláusulas abusivas no busca imponer o garantizar una absoluta igualdad contractual»<sup>466</sup>.

Otra característica tiene que ver con que el desequilibrio generado además de normativo y relevante, debe ser susceptible de catalogarse como irrazonable o injustificado.

Dentro de los criterios para determinar si una cláusula es abusiva o no se presentan otros adicionales a los ya mencionados que se complementan: «desde el punto de vista formal: a) la redacción en el marco de un contrato de adhesión, b) la oportunidad o no de negociación a cargo de los contratantes; c) la posibilidad real de negarse a la suscripción del contrato debido al contenido de sus cláusulas; d) el ejercicio de un deber de información claro y preciso que deje ver la comprensión real por parte del suscriptor del contrato, y e) el tamaño de la letra utilizada para la redacción de la misma. Desde la perspectiva sustancial el objetivo va dirigido a establecer si realmente el contenido de la cláusula redactada favorece o no, a la parte que la redacta. En tal sentido se debe acudir a los métodos de interpretación mediante los cuales se establece la necesidad de encausar las consecuencias contra la parte que redacta la misma»<sup>467</sup>.

En nuestro derecho Colombiano, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 02 de febrero de 2001 dispuso: «[...] lo abusivo o despótico de este tipo de cláusulas que *pueden estar presentes en*

---

<sup>466</sup> En ese sentido, en el caso *Herpaty Ltda vs Sociedad de Concesionarios S.A – Concesa S.A.*, el tribunal señaló: «además es claro y también generalmente aceptado que no se trata de proponer ni garantizar la milimetría contractual, por lo que se entiende que solo en casos de desequilibrios marcados y manifiestos, en detrimento de la posición contractual del adherente y/o beneficio desproporcionado y exclusivo del predisponente, se justifica abrir espacio a la posibilidad de enjuiciamiento del contenido negocial», Cámara de Comercio de Bogotá (2005, 16 de diciembre). Laudo arbitral: *Herpaty Ltda vs. Sociedad de Concesionarios S.A – Concesa S.A.*

<sup>467</sup> RODRÍGUEZ, YONG CAMILO ANDRÉS. *Una Aproximación a las cláusulas abusivas*, *Op. Cit.*, pp. 62-66.

*cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato*<sup>468</sup> [...]». Esta cita sirve de soporte para referir que la Corte ha estudiado estos criterios ya sea formales o sustanciales y aunque referidos al contrato de seguro, encuentran aplicación en el tema de los SPD atendiendo a que los contratos para la suscripción de los usuarios se presentan bajo las mismas condiciones de aquellos.

La recepción de la normatividad internacional ha sido un argumento que ha servido de base para que en «nuestro país, a partir de la expedición de la Ley 1480 de 2011 – Estatuto del Consumidor – exista una definición legal general de cláusulas abusivas para este particular contexto. Su artículo 42 las caracteriza»<sup>469</sup>. «La regulación de las cláusulas abusivas en Colombia se ha caracterizado por ser dispersa y poco sistemática; el papel de la doctrina fue fundamentalmente el de introducir en el debate nacional la noción y tratamientos que a nivel extranjero se planteaban sobre los contratos con consumidores, junto con la necesaria proscripción de cláusulas consideradas abusivas»<sup>470</sup>.

Sin embargo, a pesar de lo anterior «...se ha debatido sobre lo que se debe entender por la noción de cláusula abusiva, para llegar a sostener de manera mayoritaria, que se trata de aquellas cláusulas que a pesar de la buena fe

---

<sup>468</sup> En esta oportunidad la Corte consideró abusiva una cláusula de un contrato de seguros, de acuerdo con la cual, para pagar un siniestro se exigía como prueba de la ocurrencia del hecho una copia auténtica de la sentencia o laudo arbitral debidamente ejecutoriado, en el que constara el mismo. Es importante mencionar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil de 19 de octubre de 1994, donde se definieron las cláusulas abusivas como aquellas estipulaciones reprobadas por el ordenamiento en virtud del abuso de la posición dominante, cuando es empleado con exceso o anormalidad el poder de negociación para introducir en el contrato estipulaciones que generen un desequilibrio económico injusto o carente de responsabilidad.

<sup>469</sup> VALDERRAMA, ROJAS CARMEN LIGIA. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: mayo de 2013. p. 415.

<sup>470</sup> Entre los autores que abordan el tema de las cláusulas abusivas en el contexto colombiano se encuentran: Ernesto Rengifo García, con su texto *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* publicado por la Universidad Externado de Colombia.

determinan contra el co-contratante un desequilibrio normativo significativo en el contrato...<sup>471</sup>

En términos generales, hay cláusulas abusivas cuando se constatan desequilibrios injustificados en el contenido de las prestaciones, resultado de la imposición del fuerte sobre el débil, que evidencian la existencia de abusos en el poder o en el derecho de contratar.

Lo anterior permite explicar que para considerar una cláusula como abusiva en el contrato de SPD, se debe tener en cuenta entre otros aspectos los referidos a la generación de un desequilibrio entre los intereses de las partes; que se trate de una cláusula redactada de manera unilateral por el prestador del servicio, y como se advirtió, que se trate de un desequilibrio significativo; debe señalarse además en este punto que no es suficiente con tener la identificación de las mismas, es necesario una vez han sido detectadas establecer qué controles le caben frente a su presencia en el contrato, a fin de evitar que se vean amenazados de manera directa los intereses tanto del prestador del servicio como los del usuario del mismo.

## **B. ALCANCES Y CONTROLES A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SPD**

Las anteriores reflexiones a propósito de la caracterización de las cláusulas abusivas permite abordar el estudio de tres aspectos específicos en el presente acápite: la revisión del efecto jurídico de las cláusulas abusivas, los controles frente a las cláusulas abusivas en materia de SPD y por último una presentación de la normatividad aplicable a las cláusulas abusivas en el contexto de los SPD.

---

<sup>471</sup> GUAL, ACOSTA JOSÉ MANUEL. *El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. Op. Cit.*, p. 21.



En el primer aspecto objeto de estudio, efecto jurídico de las cláusulas abusivas, se realizará una revisión de las consecuencias jurídicas que acarrea la inclusión de cláusulas abusivas en el íter contractual, con el propósito de establecer lineamientos que permitan evitar en mayor medida su inclusión y así lograr que el cometido contractual se cumpla a cabalidad buscando la satisfacción de los intereses de las partes.

En un segundo momento se presenta como respuesta a los efectos jurídicos estudiados, los diversos controles que se han establecido en aras de evitar la inclusión de cláusulas abusivas, para ello se realizará el análisis de las diferentes estructuras y reglas a partir de las cuales se materializan las finalidades concretas de lograr un equilibrio contractual, a pesar de la desigualdad formal que arroja las relaciones contractuales en materia de SPD.

De este modo, se circunscribe como último elemento de estudio en este título la normatividad aplicable respecto de las cláusulas abusivas en el contexto propio de los SPD, en razón de la atención que merecen los usuarios de estos servicios, situación que ofrece una especial reflexión en consideración a las transformaciones que en materia de servicios públicos han sido introducidas por la Constitución de 1991, lo que se ha pretendido indicar en las páginas anteriores.

Es así como, «esta nueva óptica de la relación que caracteriza la prestación de los SPD llama indiscutiblemente la atención sobre el análisis de dicha prestación, de modo que pueda entenderse de manera coherente con su naturaleza de negocio jurídico, y también con el desarrollo y cumplimiento de finalidades y deberes estatales, respectivamente»<sup>472</sup>. Esta es la razón por la

---

<sup>472</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2ª Edición. 2005. p. 108.

cual se considera oportuno distinguir cada uno de los aspectos referidos, tal como se verá a continuación.

## **B.1 EFECTO JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS<sup>473</sup>**

En este punto se analiza cuál es la sanción jurídica que debe recaer sobre la cláusula y, cuál ha de ser el alcance de dicha sanción. Se han reconocido como sanciones a la cláusula abusiva la ineficiencia de pleno derecho y la nulidad absoluta. La primera tiene ocurrencia cuando la ley expresamente la establece. La segunda es la sanción que la jurisprudencia ha determinado en virtud de la violación del artículo 95 de la Constitución Política Colombiana.

«La ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y la ley 1328 de 2009 (Régimen de protección al consumidor financiero) son leyes que ordenan sancionar las cláusulas abusivas con la ineficiencia de pleno derecho. En la primera, sus artículos 42 y 43 indican expresamente la mencionada sanción. Sin embargo, a pesar de lo claro y expreso de sus normas, debe resaltarse que el artículo 44 pareciera abrir la puerta a una sanción adicional: la nulidad de la cláusula»<sup>474</sup>.

En efecto, «el mencionado artículo señala lo siguiente: “la nulidad o ineficiencia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces”. De su lectura es posible inferir entonces que una cláusula abusiva puede ser ineficaz de pleno derecho o ser nula. Esta redacción del artículo es desafortunada, pues genera incertidumbre frente a la sanción de una

---

<sup>473</sup> RODRÍGUEZ, YONG CAMILO ANDRÉS. *Una Aproximación a las cláusulas abusivas*, Op. Cit., pp. 49-77.

<sup>474</sup> Teniendo en consideración que la jurisprudencia colombiana ha reconocido tradicionalmente el efecto de la nulidad absoluta a una cláusula abusiva por presentarse una violación del artículo 95 de la Constitución Colombiana, es razonable considerar que la nulidad mencionada en el artículo 44 hace referencia a esta categoría.

cláusula abusiva, al reconocer dos sanciones jurídicas que, aunque similares, son claramente diferentes»<sup>475</sup>. Ante esta situación, cabe preguntarse entonces, cuál es el efecto de una cláusula abusiva dentro del contexto del Estatuto del Consumidor. Frente a este interrogante la respuesta es que a pesar de lo expresado por el artículo 44 del Estatuto, la cláusula abusiva debe sancionarse con la ineficiencia de pleno derecho.

Varios argumentos permiten sustentar esta posición. «Primero, si los artículos 42 y 43 se refieren exclusivamente a esa sanción, es razonable pensar que el legislador no tuvo intención de establecer una sanción de otro tipo. Segundo, el artículo 4 de la mencionada ley señala que sus normas deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor y que, en caso de duda, esta deberá resolverse a favor de este último. Por lo tanto, si

---

<sup>475</sup> ALARCÓN, ROJAS FERNANDO. *La ineficiencia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 250-251. Identifica estas diferencias de la siguiente manera: «Recordemos que la fórmula *pro non scripta* o ineficiencia de pleno derecho es una sanción *in limine* con que el ordenamiento castiga a las cláusulas o pactos que violan sus normas imperativas y que consiste en que los expresos casos señalados en la ley, el específico acto transgresor y únicamente este, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado [...] La fórmula *pro non scripta* no requiere para su operancia de pronunciamiento judicial alguno [...] Podemos enunciar las diferencias que existen entre la nulidad absoluta y la fórmula *pro non scripta*. La declaratoria de nulidad absoluta destruye la totalidad del negocio jurídico a menos que se den los presupuestos de la nulidad parcial, mientras que la fórmula *pro non scripta* siempre borra aquella parte del acto que contraviene el ordenamiento, y preserva el resto. En la nulidad absoluta, el negocio es válido y produce todos sus efectos hasta tanto el juez no la declare, mientras que en la fórmula *pro non scripta* lo sancionado con ella se borra *in limine* y se tiene por no escrito o puesto. La nulidad absoluta solo existe si el juez la declara, mientras que la fórmula *pro non scripta* existe *ipso iure* toda vez que el poder mismo del ordenamiento reprime y elimina simultáneamente lo que contradice sus disposiciones sin necesidad de una declaración judicial. La nulidad absoluta siempre debe ser pronunciada judicialmente para constituir la, mientras que la fórmula *pro non scripta* puede ser verificada judicial o administrativamente a conveniencia de algún interesado. En la nulidad absoluta hay lugar a las restituciones mutuas a menos que el vicio tenga su origen en un objeto o en una causa ilícita de la que se tenga conocimiento, mientras que en la fórmula *pro non scripta* cuando lo que se ha dado o pagado queda comprendido en lo que es borrado, hay siempre lugar a las restituciones, porque de lo contrario lo que se tuvo por no escrito resultaría contradictoriamente produciendo efectos. La nulidad absoluta protege el orden público, las normas imperativas, las buenas costumbres, a los absolutamente capaces y, ocasionalmente, el negocio en los eventos de nulidad parcial, mientras que la fórmula *pro non scripta* protege el orden público, las normas imperativas o las buenas costumbres pero siempre el negocio. La nulidad absoluta es saneable por la ratificación excepto en los eventos de objeto o causa ilícita, pero en todo caso por el término de prescripción extraordinaria, mientras que la fórmula *pro non scripta* no admite saneamiento alguno, ni el transcurso del tiempo puede traer el acto borrado a la realidad jurídica».

la Ley 1480 de 2011 tiene como objetivo la defensa del consumidor, la ineficiencia de pleno derecho ofrecería una mayor protección a este, pues teóricamente no sería necesario acudir ante las autoridades para que se decretara la invalidez de la cláusula.

[...] De otra parte, para los casos en los cuales la ley no ha señalado un efecto específico o particular, la posición mayoritaria de la jurisprudencia ha sido sancionar la cláusula abusiva con la nulidad absoluta<sup>476</sup>. Esto en virtud de las siguientes consideraciones: 1. El principio de la autonomía privada otorga a las personas el derecho o facultad de establecer cuándo contratar, con quién hacerlo y bajo qué condiciones; 2. El artículo 95 de la Constitución Política de Colombia impone a las personas la obligación de no abusar de sus derechos<sup>477</sup>; 3. Una cláusula abusiva constituye un abuso del principio de la autonomía privada; 4. El abuso de un derecho conlleva la violación del artículo 95 de la Constitución Política Colombiana; 5. Esta violación es sancionada por el ordenamiento jurídico colombiano con la nulidad absoluta,

---

<sup>476</sup> A pesar de que la sanción de nulidad absoluta es reconocida de manera mayoritaria por la jurisprudencia y la doctrina, en el Laudo arbitral José Manuel Espinosa vs. Fiduestado S.A. y Banco del Estado se adoptó una postura diferente. En este caso, el Tribunal de Arbitramento señaló: “en relación al fenómeno de las cláusulas abusivas [...], el Tribunal reitera que este constituye un fenómeno jurídico completamente independiente y diferente al de la nulidad de las cláusulas, pese a que la doctrina y jurisprudencia colombiana, de manera reiterativa, califican a las cláusulas abusivas como cláusulas nulas [...] Como se observa, la acción por abuso del derecho, en cualquiera de sus formas, como efectivamente lo es la utilización de las cláusulas abusivas, conduce a que, una vez declarado el abuso, se penalice al infractor condenándolo a indemnizar los perjuicios. La acción de nulidad, por el contrario, constituye una acción ‘restitutoria’, en el sentido que a ninguna de las partes se le indemniza, sino que se vuelven las cosas al estado anterior, como si nunca se hubiera contratado, produciéndose, como consecuencia, las restituciones mutuas (no indemnizaciones). [...] Ahora bien, habiéndose encontrado que las cláusulas son abusivas, así lo declarará el Tribunal y dispondrá su falta de efectos o de vinculación en relación al fiduciante, pues en estos eventos se presenta una ineficiencia de las cláusulas por declaración del juez que conoce del asunto y no la nulidad de las cláusulas, como se anotó. En conclusión, las cláusulas abusivas no son nulas, pero si deben ser dejadas sin efecto por el juez del contrato, para dar sentido a lo mandado en el artículo 830 del C. Co.”, Cámara de Comercio de Bogotá (2005, 18 de julio). Laudo arbitral: José Manuel Espinosa vs. Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A.

<sup>477</sup> “Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios [...]” (Constitución Política de Colombia, artículo 95).

en virtud del artículo 899 del Código de Comercio y 1518 del Código Civil»<sup>478</sup>. En otras palabras, una cláusula abusiva cuya consecuencia no esté expresamente señalada en la ley que la contempla, se sanciona con la nulidad absoluta pues constituye una violación de una norma imperativa, como lo es el artículo 95 de la Constitución.

Una cláusula abusiva, «tal como se ha venido mencionando, es aquella que implica un atentado contra el principio de la buena fe en la medida en que involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren las partes. El Estado debe controlar la implementación de las mismas, lo cual implica una intervención en la autonomía de la voluntad privada de los contratantes, razón por la que se ha discutido [...] cómo debe realizarse dicho control. Pese a dichas discusiones, es claro que el control [...] procede cuando se presenta un contrato de adhesión con un consumidor. [Dentro de los varios controles] el control judicial que se hace de ellas puede ser a través de la declaratoria de inexistencia, de ineficacia, de nulidad absoluta o de nulidad relativa»<sup>479</sup>. Pero para este último caso se tomará como referencia la diferenciación establecida en cuanto a las consecuencias jurídicas frente a la implementación de cláusulas abusivas,

---

<sup>478</sup> El Tribunal encuentra que es nulidad absoluta la consecuencia que debe sostenerse ante la existencia de una cláusula abusiva [...] Pues bien, en ese orden de ideas y desde la perspectiva de derecho contractual, el Tribunal encuentra que, como quiera que introducir cláusulas abusivas en los contratos constituye una forma de abusar del derecho a la autonomía privada, quien así procede vulnera una norma imperativa que no es otra que la contenida en el ordinal primero del artículo 95 de la Constitución Política que impone, como deber de la persona y del ciudadano, “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” [...] De esta manera, y para los actos o contratos regidos por la ley comercial, se configura la causal de nulidad absoluta prevista en el ordinal 1 del artículo 899 del C. Co.”, Cámara de Comercio de Bogotá (2007, 23 de febrero). Laudo arbitral Punto Celular vs Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. “en consecuencia por este primer acto, el Tribunal encuentra que la cláusula, en cuanto implica abuso del derecho y de la posición dominante contractual, viola la prohibición constitucional contenida en el número 1 del artículo 95 de la Constitución Política; tiene por tanto objeto ilícito de conformidad con el artículo 1518 inciso 3 del Código Civil y adolece de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 899 del C. Co.”, Cámara de Comercio de Bogotá (2006, 1 de diciembre). Laudo arbitral: Concelular S.A. (en liquidación) vs Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A.

<sup>479</sup> ECHEVERRY, SALAZAR MARÍA VERÓNICA. *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. Colombia. Vol. 10. No. 20. Julio – Diciembre 2011. p. 125

esto es, que estando determinado en la ley el efecto jurídico que les cabe se atenderá a su tenor literal y, frente a aquellas situaciones no previstas taxativamente, la declaratoria deberá ser la de la nulidad absoluta.

Es preciso anotar que en el contexto del contrato el tema de las cláusulas abusivas no es claro, ya que estas cláusulas se pueden presentar en diferentes modalidades, haciéndose más difícil su identificación y por ende un control eficaz.

Las cláusulas abusivas pueden revestir varias modalidades. Pueden ser cláusulas claras, cláusulas ambiguas u oscuras y, por último, pueden ser cláusulas sorprendivas. «Es posible que una cláusula sea abusiva, y no genere [...] ningún asomo de ambigüedad. En este evento, el predisponente casi con descaro, presenta fehacientemente, y sin ocultarlo un efecto abusivo. Estas cláusulas por violar el principio de la buena fe, que es derecho positivo, adolecen de objeto ilícito y sufren de nulidad. Por otro lado, otras cláusulas son, para usar el término legal (artículo 1624 inciso 2), ambiguas. Hay ambigüedad no solo cuando una cláusula admite más de una interpretación, sino también cuando existen cláusulas insuficientemente destacadas, porque no son aptas para advertir al asegurado de las limitaciones de cobertura que pretenden introducir, o cuando algunas cláusulas o conceptos no están correctamente definidos o expresados; o cuando la cláusula contradice la información que previamente se había proporcionado al asegurado por medio de agentes, publicidad, folletos explicativos, etc... Por otro lado, y también dentro del género de las cláusulas abusivas, se reconoce unas cláusulas denominadas por la doctrina foránea sorprendivas, las cuales se presentan cuando los efectos que de ellas se derivan, resultarían, además de desfavorables, notoriamente inesperados para un cliente común y que en todo caso son para el adherente a quien se

les aplica»<sup>480</sup>. En palabras de STIGLITZ «se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no contaba con su existencia»<sup>481</sup>.

Si bien no existe uniformidad en el ordenamiento jurídico colombiano acerca de la sanción frente a la imposición de cláusulas abusivas, pues a pesar de existir éstas, en unas ocasiones se entiende por no escrita la cláusula así incluida. Para el caso de los SPD la consecuencia jurídica es la nulidad de la cláusula así incorporada al contrato.

El punto de análisis en este aparte está dirigido a la revisión de los controles que proceden frente al contenido contractual, por lo que se propone abordar los siguientes: el control *ex ante*, que busca que antes que los usuarios suscriban el contrato puedan revisar su contenido de manera que cumplido a cabalidad el deber de información que tienen los prestadores del servicio, se decida por parte del usuario si acepta o no las condiciones que se le ponen de presente.

A su vez se estudiará el control legal, administrativo y judicial y las funciones atribuidas a cada uno de los órganos en cabeza de quienes ha sido atribuido tal ejercicio.

## **B.2 CONTROLES FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN MATERIA DE SPD**

A partir de la necesidad de preservar el contrato como parte de la confianza de quienes han decidido suscribirlo –y más en el tema de los SPD donde en ocasiones no es fácil sustituir un prestador por otro, toda vez que es el único

---

<sup>480</sup>LAGUADO, GIRALDO CARLOS. *Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el contrato de Seguro. Op. Cit.*, p. 247-248.

<sup>481</sup> STIGLITZ, RUBÉN. *Contratos Civiles y Mercantiles*. (TOMO 2). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. 1998. p. 55.

frente a la prestación de determinado servicio, el tema de los controles se presenta como un salvavidas en la puesta en funcionamiento del contrato en condiciones que permitan favorecer a ambas partes.

En primer lugar se definirá la importancia del control administrativo, el cual se presenta antes como control represivo de las cláusulas abusivas.

La ventaja que presenta establecer un control administrativo *ex ante*, el cual debería sumarse al control represivo, radica en el mayor conocimiento de los órganos administrativos por sectores especiales para determinar cuáles son las cláusulas abusivas específicas que se verifican en el mercado contractual. Pero, sobre todo, el control preventivo o administrativo permite convocar la negociación entre los diversos actores de la contratación en masa y determinar qué cláusulas no debieran ni siquiera aparecer en los contratos, a fin de evitar la existencia de cláusulas abusivas sin necesidad de incurrir en los costos del control represivo. Las asociaciones de consumidores podrán, de consuno con los empresarios, determinar cuáles estipulaciones contractuales aparecen como abusivas.

Parece, entonces, necesario potenciar un control preventivo de las cláusulas abusivas. Para lograr un control *ex ante* eficaz, la difusión tiene un rol fundamental.

En este sentido podría seguirse la experiencia francesa de la Comisión de Cláusulas Abusivas,<sup>482</sup> esto teniendo en cuenta que las cláusulas abusivas si bien se presentan en mayor medida en los contratos con condiciones predispuestas, el vínculo con los servicios públicos domiciliarios, es el tipo de contratación para realizar la prestación de los servicios, que responde a los

---

<sup>482</sup> PIZARRO, WILSON CARLOS. *Las cláusulas abusivas, una crítica al control represivo*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Universidad de Chile. 2005. p. 403.



contratos de adhesión y representa un sinnúmero de acuerdos suscritos diariamente donde la posibilidad de darse cláusulas abusivas aumenta, siendo necesario el control por parte del Estado hacia la posibilidad de la creación de herramientas que permitan identificarlas de manera previa y así evitar un perjuicio para el usuario del servicio.

Así, «el control de las cláusulas abusivas implica verificar que no se desvirtúe el propósito del contrato, ni las legítimas expectativas del contratante, y que aquellos aspectos que no son objeto de discusión con el cliente sean materia de una regulación de buena fe, esto es leal»<sup>483</sup>.

Para apreciar el carácter abusivo se debe tener en cuenta «el debate doctrinal Colombiano surgido en torno al tema del ámbito de aplicación del control sobre cláusulas abusivas, que plantea que: 1. estas no se dan exclusivamente en los contratos de adhesión pero en ellos se da una mayor posibilidad de presencia; 2. las cláusulas abusivas se pueden presentar tanto frente a un adherente que, a su vez, tenga el carácter de consumidor, como frente a un adherente que no sea tal, y en ambos casos amerita protección por parte del ordenamiento jurídico; 3. en caso de que el adherente, además, tenga la categoría de consumidor, tendrá una protección más clara de sus intereses en la medida en que pertenece a un grupo especialmente tutelado por las Constituciones y normas legales de buena parte de los países occidentales, y 4. hay un ámbito de aplicación, el más restringido para el control a las cláusulas abusivas, que se presenta cuando hay un contrato de adhesión con consumidores»<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> CÁRDENAS, MEJÍA JUAN PABLO. *Justicia y abuso contractual. Los Contratos en el Derecho Privado*. Universidad del Rosario - Legis. Primera Edición 2007. p. 702.

<sup>484</sup> VALDERRAMA, ROJAS CARMEN LIGIA. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: mayo de 2013. p. 413.

A partir del proceso de revisión de los diferentes controles puestos a disposición de las partes del contrato de SPD, se precisa que si bien pueden existir dos grandes grupos: el de los controles administrativos por un lado, y el del control judicial por el otro, respecto de los controles administrativos se puede ser más específico e incluir dentro de estos los siguientes: el control autónomo, el control legal y el control administrativo.

El control autónomo o que también se podrá denominar – control directo – realizado por las partes involucradas en el contrato, se refiere a: “aquel que realiza cada persona antes de celebrar un contrato, ya que es ella quien en un primer momento puede revisarlo y, en caso de encontrar cláusulas abusivas, negarse a firmarlo en ejercicio de su autonomía de la voluntad<sup>485</sup>”

Pero cumplir el cometido planteado por este control no en todos los casos es posible, si se tiene en cuenta como sucede en el caso de los SPD que en ocasiones el usuario no puede negarse a la suscripción del mismo, pues ello implica quedarse sin la prestación del servicio requerido<sup>486</sup>.

Por ello al ser insuficiente esta forma de control que se deja a la libertad de las partes, aparece en el escenario para el ejercicio de los mismos el Estado, que a través del control legal, “mediante la expedición de normas legales

---

<sup>485</sup> RODRÍGUEZ, YONG CAMILO ANDRÉS. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Legis S.A. 2013, p. 77.

<sup>486</sup> “El primer control que se puede dar a las cláusulas abusivas es *inter partes*, es decir, a través propiamente de la autonomía de la voluntad cuando cada una de las partes al ser “la mejor guardiana de sus propios intereses” no acepta la inclusión de una o de varias cláusulas dentro del contrato. Pero como ello no siempre es posible, puesto que en buena parte de los contratos de adhesión el consumidor está interesado en el producto y/o servicio y se encuentra frente a la disyuntiva de aceptar el total del clausulado como se le presenta predispuesto, o renunciar al bien o servicio que quiere o necesita, se hace indispensable el control “desde afuera” por parte del Estado”. ECHEVERRY, SALAZAR MARÍA VERÓNICA. *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. Colombia. Vol. 10. No. 20. Julio – Diciembre 2011. p. 137.

sobre cláusulas abusivas”<sup>487</sup>, establece definiciones acerca de las mismas o hace un análisis detallado de las diferentes situaciones que podrían ser calificadas como abusivas, haciendo una lista de las mismas y señalando las consecuencias frente a su incorporación en el íter contractual<sup>488</sup>.

El sistema Colombiano goza del sistema de listas que determinan aquellas cláusulas que pueden ser catalogadas como abusivas, pero igualmente deja abierto un espacio de valoración para el estudio de situaciones adicionales a las allí previstas y poder de esa manera establecer otro tipo de cláusulas abusivas.

La ley 142 de 1994 en su artículo 133 plantea el caso de las denominadas listas grises. Menciona 26 situaciones que podrían conducir al establecimiento de cláusulas que de perseguir la finalidad establecida en las mismas pueden considerarse como abusivas.

Las cláusulas grises se distinguen porque no plantean el caso concreto pero si determinan los límites para que una cláusula que desborde su propósito de buena fe, equilibrio contractual y además produzca un desequilibrio

---

<sup>487</sup> RODRÍGUEZ, YONG CAMILO ANDRÉS. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>488</sup> «El control legislativo es, por naturaleza, previo. La forma en que dicho control se realiza en la legislación comparada es a través de la implementación de a) listados de cláusulas negras, los cuales enuncian determinados tipos de cláusulas que se consideran abusivas. En caso de presentarse una de ellas, el juez deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita, (dependiendo de la sanción que haya previsto el legislador) sin mayores consideraciones; b) listados de cláusulas grises que enuncian supuestos que son presuntamente abusivos, los cuales en caso de presentarse entrarán “con un manto de sospecha” al proceso judicial, pero que dependiendo de las circunstancias del caso y del contexto contractual en el que se encuentren, el juez puede considerar que no son abusivas, es decir, que quien las redactó tendría la carga argumentativa y probatoria para demostrar que su inclusión estaba justificada, o c) con la inclusión de una cláusula abierta que le da la potestad al juez de que en cada caso haga una valoración de los supuestos de hecho para verificar si la cláusula es abusiva o no, dependiendo de criterios generales, como por ejemplo, que sea atentatoria contra la buena fe y/o que sea atentatoria contra el justo equilibrio de las prestaciones». ECHEVERRY, SALAZAR MARÍA VERÓNICA. *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. *Op. Cit.*, p. 138.

injustificado en las obligaciones de las partes, teniendo en cuenta la revisión del contrato en su totalidad, se desdibuje y constituya una cláusula abusiva.

Esta misma norma en su literal 133.26, dispone: «cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta Ley». Definición esta que permite incluir otras situaciones no contempladas en la lista pero que pueden constituirse como tal, este es el ejemplo de cláusulas abiertas.

Otra forma de control es el denominado administrativo que, para no confundirnos con la división general planteada, se va a llamar control realizado por las Comisiones de Regulación. Como su nombre lo indica corresponde al ejercido por las entidades gubernamentales a las que se les ha dado tal tarea.

La ley 142 dispone que las Comisiones de Regulación tendrán a su cargo la función de «dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración (Art. 73 num 10)», sin embargo dicha tarea se limita a fijar lineamientos respecto de la legalidad del contrato, no de su contenido en particular, por lo que se hace necesaria la presencia de un control posterior, de tal manera que no obstante estar en desarrollo el contrato respectivo se tenga la posibilidad de determinar que a pesar de ello si de su contenido se extrae la existencia de cláusulas abusivas estas puedan ser dejadas sin efecto, buscando en todo caso la permanencia del contrato.

De esta manera se abre paso al estudio del control judicial, a cuya cabeza se encuentran los jueces de la República y los tribunales de arbitramento, quienes a través del estudio de los casos puntuales puestos a su

consideración determinarán la existencia o no de las cláusulas abusivas y si efectivamente constituyen un detrimento a los intereses de los usuarios del servicio<sup>489</sup>.

Con la presencia de los controles enunciados se busca en todo caso preservar el interés de las partes por la ejecución de las obligaciones y la exigencia de los derechos contemplados en el mismo. Las normas establecidas en la legislación colombiana apuntan a tal cometido.

Así y a partir del propósito de encontrar el sustento jurídico para el análisis de las cláusulas abusivas, a continuación se presentan las diferentes normas que sobre el tema se han desarrollado en el contexto de los servicios públicos domiciliarios.

### **B.3 NORMATIVIDAD APLICABLE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTEXTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Hasta este ítem se ha planteado que se puede «apreciar el carácter abusivo de una cláusula teniendo en cuenta: a) la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, [que para el presente trabajo ya fueron definidos como los SPD]; b) las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración; y c) las demás cláusulas del contrato, o de otro del que éste dependa»<sup>490</sup>; ahora es necesario revisar el desarrollo que el ordenamiento

---

<sup>489</sup> «Cuando el control al contenido del contrato es posterior o judicial, el juez ordenará la exclusión de la cláusula desproporcionada o exorbitante del contenido del contrato, sin que tal “nulidad parcial” produzca una metástasis invalidante en el resto del contenido del negocio; este se mantiene y con ello se le da aplicación al principio de la preservación del contrato (Rengifo, 2004). Cuando se habla de nulidad parcial, se le encarga una función adicional al juez y es que debe integrar el contrato sin la cláusula que se ha declarado nula, si ello fuera posible». ECHEVERRY, SALAZAR MARÍA VERÓNICA. *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. Op. Cit.*, p. 138

<sup>490</sup> ACEDO, PENCO ÁNGEL. *Derecho de Consumo. Análisis jurídico – privado de la ley general para la defensa de los consumidores de 2007*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2012. p.132.

jurídico colombiano ha dado a esta situación específica que como se ha reiterado se menciona para el caso puntual de los SPD.

Se inicia afirmando que «como reforma importante al sistema colombiano, se introduce la ley 142 de 1994 sobre SPD, que introduce para los contratos que instrumentan estas relaciones, el concepto de posición dominante y de cláusula abusiva.

Los artículos 131, 132 y 133 de la citada ley son el primer reconocimiento legislativo colombiano sobre el fenómeno de los contratos a condiciones generales [...], con un efecto jurídico significativo, al señalar el último de ellos, que se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de SPD, cuando inserta alguna de las 26 cláusulas que la norma enlista. Se orienta por el sistema inglés al efectuar una lista de las cláusulas que considera abusivas, es el sistema conocido como lista gris.

Aunque dicha presunción puede ser desvirtuada, y de no lograrse deberá procederse a la nulidad de la cláusula, hubiese sido más efectivo utilizar la figura de la ineficiencia que consagra el Derecho Mercantil, en aras de que se pueda entender por no escrita sin necesidad de una declaratoria judicial»<sup>491</sup>.

Si bien es cierto «en materia contractual a menudo se hace referencia a los abusos de posición dominante. Ahora bien sobre este punto lo primero que debe advertirse es que en el derecho colombiano, la expresión abuso de posición dominante se utiliza en dos sentidos totalmente distintos. De una parte, desde el punto de vista del derecho de la competencia, se hace

---

<sup>491</sup> ARRUBLA, PAUCAR JAIME. *La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: mayo de 2013. pp. 358 – 359.

referencia al abuso de posición dominante en un mercado. Por el otro lado, se hace referencia a la posición dominante en una relación jurídica.

A la primera acepción se refiere la Constitución Política en el artículo 333, cuando impone al Estado controlar los abusos de la posición dominante en el mercado. La posición dominante es definida por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como “La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. Quien tiene posición dominante puede entonces actuar en el mercado sin tomar en cuenta la competencia. La Constitución y la ley prohíben el abuso de dicha posición.

Este abuso se manifiesta cuando se obtienen ventajas que no podrían recibirse en condiciones de competencia o cuando se aprovecha el poder de dominio para impedir o disminuir la competencia. En Colombia el artículo 50 del Decreto 2153 establece las hipótesis en las que existe abuso de posición dominante»<sup>492</sup>.

A la segunda acepción se refiere la ley 142 de 1994, cuando señala en su artículo 14.13 que posición dominante es la «que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios» y, asimismo, cuando al regular las cláusulas abusivas en el artículo 133 señala que se presume un abuso de

---

<sup>492</sup> “1°. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos. 2° La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que contengan a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. 3° Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones. 4° La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado. 5°. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquél al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción. 6°. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

posición dominante de la empresa de servicios públicos en las cláusulas enumeradas en dicho artículo. Igualmente, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se refiere a ella en el artículo 98 cuando dispone que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones – se refiere a las financieras – deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante». Como se puede apreciar, en estos casos simplemente se hace relación al hecho de que una persona tiene en una relación jurídica una posición de superioridad frente a la otra. En tal evento habrá abuso cuando aprovecha tal situación para obtener una ventaja “excesiva, injusta, impropia”, siguiendo la definición del Diccionario<sup>493</sup>.

Así se incorpora el contenido de estas normatividades al concepto de cláusulas abusivas; «la regulación de las cláusulas abusivas surge como un intento por conciliar principios y derechos constitucionales básicos, a saber: el ejercicio de las libertades económicas de los particulares, por un lado, y los deberes de un Estado Social de Derecho de garantizar la igualdad material como aspiración ligada al reconocimiento de la dignidad de la persona humana, y proteger el interés general, por otro.

Las cláusulas abusivas en el régimen de servicios públicos domiciliarios (ley 142 de 1994), es la primera normativa que en su artículo 133 enumera 26 tipos de cláusulas cuya inclusión en los contratos de servicios públicos hace presumir la abusividad de las mismas por parte de la empresa prestadora de estos servicios<sup>494</sup>. Aun cuando el concepto resulta un tanto extraño a efectos del tratamiento de cláusulas abusivas (abuso de posición de dominio se

---

<sup>493</sup> CÁRDENAS, MEJÍA JUAN PABLO. *Justicia y abuso contractual. Los Contratos en el Derecho Privado. Op. Cit.*, pp. 702 – 703.

<sup>494</sup> Es pertinente aclarar que el artículo 128 de la Ley al definir los contratos de servicios públicos los ubica en la categoría de contratos de adhesión e identifica como partes a la empresa de servicios públicos domiciliarios y al usuario. Por lo que la regulación queda comprendida dentro de los contratos de adhesión con consumidores.



entiende usualmente en Colombia bajo la acepción propia del derecho de la competencia), en realidad se parte de la base de una asimetría evidente entre el prestador de servicios y el usuario para determinar que las cláusulas que impongan cargas excesivas al usuario, limiten la responsabilidad de la empresa de servicios públicos o establezcan prerrogativas irracionales en favor de estas últimas serán “anulables” por la jurisdicción»<sup>495</sup>.

Como se desprende de la lectura del artículo referido, esta regulación se limita a enlistar aquellas cláusulas que se presumen abusivas, sin pretender un tratamiento sistemático y general de la cuestión y en especial, sin haberlas definido. Adicionalmente, sobre la consecuencia de incluir las cláusulas abusivas en los contratos de prestación de SPD, la ley incorpora una suerte de principio de conservación del contrato según el cual estas son anulables, sin que lo anterior conlleve la invalidez de todas las demás estipulaciones del mismo.<sup>496</sup>

Asimismo, el legislador permite desvirtuar la presunción de abuso de posición dominante si “al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa” (incisos finales del artículo 133).

En este sentido, el análisis de la cláusula que se califica como abusiva, estará determinada por el examen de la totalidad de las estipulaciones pactadas en el contrato. Así, puede resultar que la cláusula cuestionada, incorporada en el conjunto de las demás disposiciones contractuales, no sea

---

<sup>495</sup> Realmente el mensaje se dirige tanto al juez como a las Comisiones de Regulación competentes en materia de revisión de contratos. En este último caso, en desarrollo particularmente de la función prevista en el artículo 73.10 de la misma ley 142 de 1994.

<sup>496</sup> En palabras textuales: “si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción”.

abusiva, pues tal como lo establece la norma se encuentra en equilibrio con los compromisos contraídos con el prestador del SPD.

Lo anterior implica que, bajo la perspectiva de la ley de SPD, el análisis de abusividad de las cláusulas no es auto-contenido. Dependerá de un equilibrio que se busca en la integralidad del contrato, lo que evidentemente le abre espacios a la subjetividad. Será el intérprete quien en cada caso haga un balance de la cláusula examinada frente a la “totalidad” de las estipulaciones adicionales<sup>497</sup>.

En definitiva, se pretende señalar que si bien es cierto existen estas directrices normativas desarrolladas en materia de SPD, «en todo caso, se considerarán abusivas las cláusulas señaladas legalmente y que se enuncian, siendo desarrolladas de manera general en los siguientes seis grupos: 1) las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario; 2) limiten los derechos del consumidor; 3) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; 4) impongan al consumidor garantías – avales o fianzas – desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; 5) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; y 6) contravengan las reglas legales sobre la competencia y el derecho aplicable»<sup>498</sup>, condiciones que sirven para caracterizar una lista de las 26 situaciones enunciadas en el artículo 133 de la ley 142 de 1994, referido anteriormente.

De ahí que, como se ha venido exponiendo, «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del usuario, un desequilibrio

---

<sup>497</sup> VALDERRAMA, ROJAS CARMEN LIGIA. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Op. Cit., p. 420.

<sup>498</sup> ACEDO, PENCO ÁNGEL. *Derecho de Consumo. Análisis jurídico – privado de la ley general para la defensa de los consumidores de 2007*. Op. Cit., pp. 133 - 138.

importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»<sup>499</sup>, situación regulada a través de las diferentes normas que han sido desarrolladas en torno al tema de los SPD.

Señalar el carácter abusivo de una cláusula está determinado por criterios universales que han sido esbozados de manera general a través de las líneas precedentes; no obstante ello genera ciertas inquietudes para los usuarios quienes no ven con buenos ojos tener que acudir a la impugnación de las cláusulas así consideradas, en razón, del carácter antieconómico para este, quien prefiere asumir el perjuicio y aceptar la cláusula abusiva antes que acudir a procedimientos que jurisdiccionalmente llevan un desgaste mayor en materia de tiempo y dinero.

Es relevante señalar que no se debe esperar a que sea por vía jurisdiccional que se identifique el carácter abusivo de una cláusula dentro del contrato de SPD, para declarar su nulidad, sino que teniendo en cuenta el papel que se le ha asignado legalmente a las Comisiones de Regulación, estos organismos están llamados a hacer efectivo el control **ex ante**, con el propósito de permitir a los usuarios contar con contratos con condiciones generales que velen por el respeto de sus derechos y un contenido contractual que no implique abusos por parte del predisponente.

### **C. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE INTERVENCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS A EFECTOS DE EVITAR LA PRESENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

La conjugación de los aspectos hasta ahora estudiados permite visualizar de manera general el panorama de situaciones constitutivas de cláusulas

---

<sup>499</sup> PIPAÓN, PULIDO JORGE GUILLERMO. *Derechos de los Consumidores y Usuarios*. LEX NOVA, S.A.1ª Edición, enero 2010. p. 174.

abusivas, ya sea por la enunciación de unas normas que las contienen, o por acercarse a las características que les imprimen el carácter de abusividad que las compromete.

«La intervención del Estado ahora aparece en aspectos que estaban cercados por la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, en aras de re-equilibrar la asimetría contractual entre quienes tienen el poder de negociación y el conocimiento acerca de todo el proceso de producción y los consumidores –de cuya menor capacidad negocial se parte–, aquí es necesario señalar que la tendencia de la legislación nacional y extranjera ha sido prohibir la inclusión de cláusulas abusivas en este tipo de negocios jurídicos»<sup>500</sup>.

En este sentido, además de valorar el compromiso Estatal frente a vigilancia y control de una prestación adecuada y eficiente del servicio público domiciliario, es necesario resaltar que se deben establecer «acciones compromisorias por parte de las autoridades estatales<sup>501</sup>, así como “el reconocimiento de diversidades que requieren formas de tutela específica, y que de no implementarse estaría propiciando una discriminación jurídica.

Los grupos de [usuarios], en el contexto de las llamadas sociedades neoliberales constituyen un grupo vulnerable que requiere de mecanismos especiales de protección ante el avasallamiento de un mercado cada vez más voraz y concentrado en pocas manos, donde los monopolios de *facto* o las prácticas monopólicas se introducen subrepticamente y constituyen una

---

<sup>500</sup> VALDERRAMA, ROJAS CARMEN LIGIA. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición: mayo de 2013. p. 413. VALDERRAMA, ROJAS CARMEN LIGIA. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. *Op. Cit.*, p. 399.

<sup>501</sup>CABALLERO, JOSÉ LUIS. *La protección de los derechos del consumidor desde la concepción contemporánea de los derechos fundamentales*. “Derecho de Consumo”. Actas del Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo. Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Tirant lo blanch. Valencia, 2009, pp.66 y 67.

forma ya generalizada de participación de los agentes económicos en el mercado de bienes y servicios»<sup>502</sup>.

La protección de los usuarios es uno de los temas de trascendencia social, de ahí que sea necesario estudiar el papel de la función administrativa de intervención del contrato de SPD a partir de las reflexiones siguientes.

No resulta práctico para el derecho actual la existencia de listas de cláusulas abusivas. Este tema lleva a reflexionar que no obstante si no existiera esta lista del artículo 133 de la ley 142 de 1994, el ordenamiento jurídico o el desarrollo jurisprudencial ya contaba con mecanismos de protección. Quizás lo que hace difícil invocar las diferentes situaciones de abuso es la dispersión de normas que tratan el tema ya que el usuario concentra su atención en primera instancia solo en aquellos eventos inmediatos que lo involucran.

Identificar de manera clara los elementos generales que conllevan a que se constituyan tales cláusulas en el contrato, es el objetivo que se persigue, con el fin de brindar una herramienta más acorde y que reúna criterios de uniformidad respecto de las necesidades de los usuarios de los SPD.

De ahí que los temas a abordar a continuación estén referidos a la fundamentación de los siguientes puntos: La existencia de listas de cláusulas abusivas frente a las diversas situaciones que pueden generar su presencia en el contrato resultan insuficientes frente a las formas de negociación que se dan en la actualidad. Cuáles son los límites impuestos a

---

<sup>502</sup> Como lo señala CARBONELL, MIGUEL: “Los consumidores se encuentran cotidianamente con la necesidad de realizar actos jurídicos frente a grandes corporaciones. Muchas veces, dichas corporaciones gozan de un régimen de monopolio en la prestación de un servicio público e imponen casi por la fuerza (la fuerza de la necesidad se podría decir) sus condiciones a los consumidores”. *Cfr.* – CARBONELL, MIGUEL. Los derechos fundamentales en México, México, CNDH, IJ – UNAM, 2004, p. 937.

las Comisiones de Regulación en la realización del control administrativo del contrato de SPD y la valoración de las cláusulas abusivas. Para que, finalmente y a partir de estos insumos, se pueda presentar la matriz de identificación de elementos estructurales de las cláusulas abusivas en los contratos de SPD en Colombia.

### **C.1 AUSENCIA DE PRACTICIDAD DE LA EXISTENCIA DE LISTAS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS FRENTE A LAS DIVERSAS SITUACIONES QUE PUEDEN GENERAR SU PRESENCIA EN EL CONTRATO**

La tendencia a la consagración de listas en materia de cláusulas abusivas, a las que se les atribuye alcances generales ha permitido tener unos criterios objetivos de identificación de las mismas, en el contexto del contrato. Para el caso específico de los SPD, el artículo 133 de la ley 142 de 1994 establece: Abuso de la posición dominante (en este punto se debe tener en cuenta la salvedad realizada en el acápite correspondiente frente a la contextualización del término abuso de posición dominante): se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro en las siguientes cláusulas:

133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;

133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;

133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar solo a ciertos proveedores.

Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la Comisión, que quien adquiera un bien o servicio a la empresa de servicio público a una tarifa que solo se concede a una clase de suscriptor o usuario, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habría recibido una tarifa o un subsidio distinto;

133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;

133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;

133.9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;

133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos;

133.11. Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de

tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;

133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;

133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello solo tienen en cuenta los intereses de la empresa;

133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario a no ser que:

a) Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y

b) Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

133.15. Las que permiten que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones o derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario;

133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a este:

a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o

b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o

c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;

133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;



133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;

133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las Comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.

133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;

133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la Comisión;

133.22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;

133.23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;

133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;

133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncia en el artículo 126<sup>503</sup> de esta ley.

---

<sup>503</sup> Art. 126 Ley 142 de 1994. **Vigencia de las fórmulas de tarifas.** Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la Comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará además, **en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la Comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere**, y esta lo haya dado (lo resaltado es propio). Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción. «Cuando una Comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada»<sup>504</sup>.

Estas enumeraciones no son nuevas. El tema de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores había sido tratado en legislaciones como la de la CEE, a través de su Directiva 93 /13 había optado por este

---

modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la Comisión no fije las nuevas. Corte Constitucional. INHIBIDA. Sentencia C- 389 de 2002. Corte Constitucional. EXEQUIBLE. Sentencia C – 150 de 2003. “[...] Los usuarios, también pueden iniciar la respectiva actuación administrativa para la actualización de las tarifas. El fundamento Constitucional de esta participación directa en el procedimiento previo a la adopción de las regulaciones de especial trascendencia fue también recordado anteriormente en el apartado respectivo. Este comprende principios fundamentales, como el consagrado en el artículo 2º Superior, y normas específicas, como el 78 Superior que ordena a todos los órganos del Estado, dentro de su órbita de competencia, no estimular o permitir, sino garantizar “la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les concierne”, lo cual fue definido por el Constituyente como un derecho constitucional cuyo goce depende de dos condiciones también de estirpe democrática: que las organizaciones sean representativas y que observen procedimientos democráticos internos. [...] *La exequibilidad del artículo 126 de la Ley 142 de 1994 en el entendido de que el procedimiento excepcional para el cambio de las fórmulas tarifarias también puede ser iniciado a petición de los usuarios*”. MONTAÑA, PLATA ALBERTO (DIR. Y COMP.). CASTAÑO, PARRA DANIEL (COMP). Régimen normativo de los servicios públicos domiciliarios. Ley 142 de 1994, disposiciones complementarias y jurisprudencia de constitucionalidad concordada. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Julio 2010. pp. 231; 242 – 245.

<sup>504</sup> Cita tomada del artículo en mención.

sistema, además, «vale la pena mencionar que aunque se ha preferido enlistar las cláusulas con contenidos considerados abusivos, no puede entenderse que tales enumeraciones sean siempre taxativas pues se deja abierta la determinación del carácter abusivo de una cláusula a la posterior regulación que expida la Superintendencia,<sup>505</sup> o al análisis del caso concreto a partir de la interpretación de una cláusula general de abusividad»<sup>506</sup>.

Es preciso anotar al respecto, que la presentación de estas listas si bien resultan a primera vista útiles para la identificación de cuáles cláusulas han sido incorporadas al contrato, y, poder determinar las consecuencias jurídicas de tal hecho, en ocasiones desconocen la dinámica propia de los sistemas pertenecientes al universo de lo social, esta dificultad llega a su máxima manifestación cuando se le endilga a las Comisiones de Regulación la tarea de determinar de la lista dada, que debe revisar, una cláusula y establecer de su contenido si es abusiva, y posteriormente prescribir si debe seguir o no formando parte del contenido del contrato.

Aquí se cuestiona lo siguiente: ¿Bajo qué criterios hace la Comisión tal valoración? Además, resulta inocuo una lista si así esté la cláusula en él, puede ser introducida en el contrato. De ahí la afirmación del presente título,

---

<sup>505</sup> El literal e del artículo 11 y el literal d del artículo 12 de la ley 1328 de 2009 incluye dentro del listado de las Cláusulas Abusivas: las demás “que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia”.

<sup>506</sup> El artículo 133.26 de la ley 142 de SPD establece que: además de las ya mencionadas en numerales anteriores, serán cláusulas abusivas “cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley”. Con esta norma, cláusulas no contempladas como abusivas por el artículo 133 pueden llegar a serlo si en el análisis del caso concreto se considera que el desequilibrio que la cláusula conlleva pone en peligro el logro de los objetivos buscados con el contrato. En la ley 1480 de 2011, por su parte, se entienden como cláusulas abusivas, además de las consagradas en el artículo 43 de la norma “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos” (artículo 42). Seguidamente, el artículo afirma que “para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. De tal manera que será el juez o la autoridad administrativa quien determine si una cláusula es abusiva y, por lo tanto, ineficaz de pleno derecho.

aunado a que no todas las situaciones que se señalan en los sistemas de listas son suficientes, pues se dejan por fuera otras que pueden ser cotidianas, no obstante no están contenidas en los mismos.

Esta reflexión conlleva la presentación de los límites a las Comisiones de Regulación en su tarea de la realización del control administrativo al contrato de SPD, pues no se trata solamente de fijar unos contratos estándar sino de valorar cada situación en concreto con el prestador de los SPD, a fin de establecer el contenido del contrato, que además, teniendo en cuenta la clase de servicio de que se trate, tiene incidencia en la definición de su clausulado.

## **C.2 LÍMITES A LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y LA VALORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Ya se había mencionado en el capítulo 2, acápite C.2 del presente trabajo, el papel de las Comisiones de Regulación en Colombia, señalándose en tal sentido que la regulación es una manifestación de voluntad de una estructura administrativa, dicha tarea se ha asignado constitucionalmente a las Comisiones, con lo que se busca disciplinar la actividad de servicio público.

En consecuencia es viable contextualizar la asignación de competencias a las Comisiones por parte de la ley. «El señalamiento de funciones y facultades de las Comisiones de Regulación que presenta la ley 142 de 1994 (art. 73) no puede considerarse de manera aislada; este mismo texto normativo se encarga de hacer claridad en el sentido de que “las normas de esta ley que se refieren a las Comisiones de Regulación se aplicarán si el

Presidente resuelve delegar la función<sup>507</sup> a él atribuida a través del artículo 370 constitucional»<sup>508</sup>.

Para el caso específico de los SPD es necesario tener en cuenta que las Comisiones de Regulación tienen una alta carga de tecnicidad a efectos, del logro de los fines de prestación eficiente y de calidad de los servicios, aunado a las funciones dadas para su desarrollo como unidades administrativas especiales adscritas al Ministerio específico, atendiendo a su particularidad, según la materia que deben regular.

En Colombia, atendiendo a los preceptos constitucionales y a la organización del Estado bajo la premisa de ser Social de Derecho, las comisiones de regulación cumplen un papel esencial con el fin de garantizar la primacía del interés general sobre el interés particular, contando para ello con herramientas que en el caso específico que ocupa, ahora la atención del presente trabajo, tiene que ver con «dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia»<sup>509</sup>, aunado a la función de, conceder permiso expreso para contratar una de las cláusulas a las que [el artículo 133 de la ley 142 de 1994] se refiere, con lo cual se presentan las funciones específicas dirigidas precisamente a su papel definitorio en el contenido del contrato que se pone a disposición de los usuarios de los SPD.

---

<sup>507</sup> Art. 68, ley 142 de 1994.

<sup>508</sup> MONTAÑA, PLATA ALBERTO. *Manifestaciones normativas de las comisiones de Regulación de Servicios Públicos*. Revista Contexto. Servicios Públicos Domiciliarios. Universidad Externado de Colombia. p, 51.

<sup>509</sup> Art. 73.10. Ley 142 de 1994.

Funciones que van más allá, toda vez que a las Comisiones de Regulación<sup>510</sup> se les reconoce una potestad normativa que «está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño, fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración, todo esto, dentro del contexto de los principios y lineamientos constitucionales y legales respectivos»,<sup>511</sup> lo que define que estas actúan delimitadas por las atribuciones que les han sido dadas, y teniendo en cuenta la finalidad de hacer operativo a través de sus funciones, la prestación eficiente de los servicios.

Asimismo surge una cuestión que es necesario tener en cuenta «el nuevo modelo de prestación de los SPD que establece la ley [142 de 1994 y sus normas complementarias], origina una contraposición de intereses: por un lado están los usuarios, quienes tienen derecho a acceder a los servicios mediante tarifas que puedan pagar [y con contratos con condiciones favorables para la satisfacción de sus necesidades], y por otro lado están los prestadores que inmersos en el mercado, buscan no sólo la eficiencia en la prestación sino también la recuperación de lo invertido más una ganancia

---

<sup>510</sup> En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C- 1162 de 2000, referida líneas atrás señala: «En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos – sea el propio Estado o los particulares -, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado. Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquellos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros».

<sup>511</sup> SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 1996. p 452.

adicional. Frente a esta contraposición de intereses, el Estado se ha ideado un mecanismo que permite beneficiar a ambas partes buscando el equilibrio, y es que si bien el Estado ya no es prestador exclusivo de los servicios públicos, sí es el garantizador de que esta prestación se realice y también tiene funciones de vigilancia y control»<sup>512</sup>, papel encomendado en forma especial a las Comisiones de Regulación, por medio de las cuales el Estado busca cumplir su función de intervención en los SPD.

«[...] Las ideas expuestas no son óbice para manifestar algunas situaciones que se pueden presentar en el día a día de la regulación, y aunque no hacen parte del análisis estrictamente jurídico, sí pueden incidir en lo normativo. A pesar de que el propósito inicial de los organismos regulatorios es la protección del interés general, la evidencia empírica sugiere que en muchos casos su comportamiento y las normas que expiden terminan reflejando los puntos de vista e intereses de los operadores, en tanto sus pérdidas y beneficios se relacionan de forma directa con las decisiones que tomen los entes regulatorios. Es por esto que no escatiman recursos para lograr que las resoluciones y normas sean favorables a sus intereses, en desmedro de los derechos e intereses de los usuarios. De esta forma, los reguladores concentran los beneficios de la regulación en grupos de interés, desdibujando con ello el propósito matriz de la regulación: de un lado, propiciar la libre competencia, y de otro, intervenir para proteger al usuario de los SPD»<sup>513</sup>; por ello se encuentra la necesidad de hacer específicas las tareas que en razón del contrato de condiciones generales tienen las Comisiones de Regulación, teniendo en cuenta que este se convierte en el

---

<sup>512</sup> SERNA, QUINTERO JOSÉ RAÚL; CORREA, RENDÓN LUZ EUGENIA. *La función normativa de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios*. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín – Colombia. Año LXIV –segunda época – Julio de 2003. Volumen LXI, No. 137. p. 32.

<sup>513</sup> SERNA, QUINTERO JOSÉ RAÚL; CORREA, RENDÓN LUZ EUGENIA. *La función normativa de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios*. *Op. Cit.*, p. 56.

instrumento de desarrollo de los deberes y derechos a que se comprometen las empresas y usuarios de los SPD.

En este punto se quiere resaltar que las potestades dadas a las comisiones de regulación no son omnímodas, y en el tema específico referido a la revisión de los contratos de condiciones generales, llama la atención la necesidad de la realización de actividades objetivas para la revisión de los contenidos de los mismos, que no se pueden limitar solo al establecimiento de modelos estándar dependiendo de la clase de servicio, sino que teniendo en sus manos la responsabilidad de avalar el contenido de un clausulado con advertencia de abusividad, se debe regir por elementos que le permitan valorar la presencia de estas o no, para que sean asumidas por el usuario; este será el argumento que ocupe la atención en el siguiente aparte de este trabajo.

### **C.3 MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN DE ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SPD EN COLOMBIA**

En atención a la necesidad de brindar herramientas de protección no solo a los usuarios, sino además de permitir la obtención de un control objetivo sobre las cláusulas que se incorporan a los contratos de SPD, se presenta una propuesta de matriz de identificación de elementos estructurales de las cláusulas abusivas, esto teniendo en cuenta un criterio de medición general de las mismas, lo que permite que se establezcan mayores situaciones de las que se enuncian bajo una lista, que como se mencionó líneas atrás resulta insuficiente en cuanto a mecanismo de control de los abusos por parte de las empresas, además de permitirle a estas, que, los usuarios conoedores de sus deberes los cumplan a cabalidad, y de esta manera, en



mayor medida, evitar imprevistos o incumplimientos que precisamente al elaborar el contrato de condiciones generales, se quisieron prever.

La posición y el consiguiente tratamiento que desde una perspectiva normativa debe atribuírsele a las cláusulas abusivas en la relación usuario vs contrato de SPD, ofrece importantes reflexiones en consideración a las consecuencias no uniformes que se le ha pretendido dar al tema, como se ha indicado en las páginas anteriores, aunado a un poder específico dado a las Comisiones de Regulación para permitir su incorporación en los contratos de condiciones generales, pero sin que se le señale unos criterios precisos para su determinación, a pesar de los nuevos desarrollos que el ordenamiento jurídico incorpora a partir de la expedición de la ley 1480 de 2011, en sus capítulo III, artículos 42 y siguientes.

Esta necesaria mediación legislativa, permite establecer que «la norma de las cláusulas abusivas de muy diversas maneras, tutela los derechos de los consumidores con relación a su posición contractual frente a su proveedor: propugna por el no – desmejoramiento subjetivo o cualitativo del contrato, velando porque en todo momento, permanezcan vigentes los derechos en cabeza de los consumidores»<sup>514</sup>. Esto se precisa para el caso de los usuarios de los SPD aunado a la situación específica de tratarse de un servicio público, del que se desprende una responsabilidad al Estado en cuanto garante de la prestación del mismo.

Siguiendo desarrollos doctrinales que han acogido lineamientos trabajados desde la jurisprudencia, se tiene como criterios para determinar, desde el punto de vista formal y sustancial, si una cláusula es abusiva los siguientes:

a) la forma en que el contrato fue acordado por las partes – contrato de

---

<sup>514</sup> MOLINA, JORGE. *Las cláusulas abusivas*. CEDEC. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Seminarios 12. Pontificia Universidad Javeriana, 2000. p. 44.

adhesión – característico además de los contratos de SPD; b) el poder de negociación de las partes – que como se indicó respecto de los SPD, este no se posibilita en ocasiones dado que no es viable la escogencia de un prestador del servicio; c) la existencia de una verdadera posibilidad de la parte débil de rechazar el contrato o la cláusula – ejercicio de la autonomía de la voluntad–; d) si la parte afectada por la cláusula abusiva, con base en su nivel de conocimiento y dada la tecnicidad del servicio, tenía la posibilidad y la razonable oportunidad de entender su contenido real y efectivo – esto relacionado con el deber de información<sup>515</sup> –, lo que permitirá al adherente conocer de manera clara el contenido contractual; e) si la cláusula estaba redactada en letra pequeña o menuda – en coherencia igualmente con el deber de información–; f) que del contenido del íter contractual en su conjunto no se vislumbre la existencia de un desequilibrio a favor de la parte que ha redactado el contenido del contrato.

En cuanto al deber de información, es necesario señalar que, «[...] para que las condiciones generales se entiendan incorporadas en un contrato no se requiere de su efectivo conocimiento y comprensión por parte del adherente, sino simplemente de la **posibilidad efectiva de conocerlas** (lo subrayado es propio), en virtud de los medios de información que el proponente, independientemente del alcance mismo y contenido de las cláusulas, debe poner a disposición de aquél, en desarrollo de un deber de lealtad impuesto por la buena fe y que debe cumplirse en forma adecuada a la tipicidad del respectivo contrato. Constituye una especie de “exhibición” de las condiciones que debería ser previa a la celebración o comienzo de ejecución del contrato por parte del adherente, anticipación que también depende de la

---

<sup>515</sup> TÍTULO V. DE LA INFORMACIÓN. CAPÍTULO ÚNICO. DE LA INFORMACIÓN. Ley 1480 de 2011, Art. 23 y siguientes.

naturaleza del contrato y que debe apreciarse en cada caso en atención a su carácter típico»<sup>516</sup>.

Además de lo citado, en cuanto al deber de información, se debe tener en cuenta que «la prestación continua de un servicio de buena calidad, [constituyen] dos elementos, la continuidad y la calidad del servicio, que [aunado al deber de información] permiten identificar las cláusulas que objetivamente son propias de la prestación masiva de los servicios públicos domiciliarios, teniendo en cuenta que en nombre de la eficiencia que se exige en la gestión de los empresarios, y que les impone la estandarización de su actividad contractual, no pueden estos prevalerse de su posición, para obtener ventajas injustificadas a costa de los usuarios»<sup>517</sup>.

Es así que, «el ente regulador tiene que ponderar en muchos casos los diferentes factores (técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc.) que entran en juego en toda decisión reguladora, con un impacto directo en el régimen económico de los servicios públicos<sup>518</sup>», lo cual si se materializa en un marco de identificación de los mismos permite tener un mayor control objetivo sobre la existencia de estas cláusulas en el contenido contractual de los SPD.

Para llegar a la presentación definitiva de la matriz que se ha anunciado a lo largo de estas líneas y que se soporta en cada uno de los capítulos que han sido escogidos con tal fin, se presentará la explicación conceptual de la determinación de la matriz que se propone.

---

<sup>516</sup> PINZÓN, SÁNCHEZ JORGE. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. Volumen IX. Diciembre de 1995, pp. 87 y 88.

<sup>517</sup> *Ibíd.*, p. 101.

<sup>518</sup> ARIÑO, ORTÍZ GASPAS. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Fundación de Estudios de Regulación, 1999. Universidad Externado de Colombia, 2003. Primera edición enero de 2003, p. 634.

Si bien, el tema que se plantea en la presente investigación está direccionado a los SPD, se enseña una fórmula de revisión del contenido de los contratos de adhesión en general, buscando preservar en todo caso la voluntad de las partes, pero diseñando mecanismos de prevención frente a la incorporación de cláusulas abusivas, esto dado la multiplicidad de normas que para este efecto han sido expedidas.

Las siguientes constituyen las actuaciones que deben adelantar las Comisiones de Regulación dejando registro de tal hecho, de tal manera, que, como una bitácora de desarrollo de las actividades de las empresas prestadoras de los SPD que ponen a su disposición los contenidos contractuales, lleven la relación de los mismos. Así les permitirá igualmente hacer seguimiento del cumplimiento o no de las sugerencias realizadas en torno a su contenido, además porque se propone que atendiendo a la naturaleza del servicio cada Comisión debe vigilar el desempeño de la empresa prestadora, y además revisar las situaciones tuteladas en atención a un mal servicio, o cualquiera otra que de una u otra manera involucre incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato:

### **FÓRMULA PROPUESTA PARA IDENTIFICAR CUÁNDO SE ESTÁ EN PRESENCIA DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA**

De acuerdo al análisis realizado en forma precedente se propone la siguiente fórmula:

CR (Comisión de Regulación): realiza la (Revisión del Contrato) que es presentado previamente por la empresa prestadora de SPD, y concede aval previa revisión de los siguientes presupuestos:
<b>OB</b> (Objeto de la prestación del SPD) + <b>V</b> (valoración de la prestación del servicio, lo cual involucra que la empresa prestadora del SPD tenga unas calificaciones, tomando como referencia: reclamaciones efectuadas y resueltas, sin queja posterior del usuario por omisión en la obligación de dar soluciones a sus peticiones, quejas o reclamos – información que puede ser tomada del control ejercido por la SSPD – análisis de cobertura – eficiencia en la prestación del servicio) + <b>VC</b> (valoración del contenido o del íter contractual que si bien puede hacerse a partir de un modelo, este se debe actualizar por lo menos cada cinco años,

teniendo en cuenta criterios técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc, además de la revisión de los elementos determinantes de situaciones de abuso tales como los que se detallan: a) Contrato de adhesión; b) Valoración de la información adecuada e idónea al usuario con el fin de comprobar el ejercicio de la escogencia del prestador del servicio; c) Ejercicio de la autonomía de la voluntad, solicitando a la empresa la verdadera disposición del contenido del contrato al potencial *usuario* del servicio previo a la firma del contrato; d) Evaluación de la posibilidad y la razonable oportunidad de entender el contenido contractual, e) El clausulado debe ser claro de tal manera que contenga un glosario que permita entender su contenido. d) Todo el contenido del contrato debe ser redactado en letra legible y de un tamaño regular para la lectura por parte de los interesados; f) Revisión del contenido del íter contractual en su conjunto de tal manera que no se vislumbre la existencia de un desequilibrio a favor de la parte que ha redactado el contenido del contrato.

De esta manera la fórmula de las cláusulas abusivas se presentaría así:

No CA (No Cláusula abusiva) cuando de la sumatoria de los siguientes factores

OB (33%) + V (33%) + VC (33%), se determina que el contrato ha sido celebrado dentro de los criterios de protección de la parte débil llamada usuario del SPD y que en una escala de medición de cada uno de estos factores de 33% alcanza siquiera un porcentaje superior al 50%.

La fórmula tiene como finalidad servir de instrumento de medición para la Comisión encargada de regular el ejercicio de las actividades de cada uno de los sectores de su competencia. Dentro de sus funciones se les confiere la referida a valorar el *contenido* de los contratos de condiciones generales y determinar si el mismo integra o no cláusulas que puedan ser catalogadas como abusivas.

A efectos de establecer un criterio objetivo a la hora de **proteger los derechos de los usuarios** se propone a las Comisiones de Regulación un modelo representado en la fórmula dispuesta para valorar el contrato en su conjunto.

Esta fórmula se constituye en un **instrumento para los prestadores de servicios públicos domiciliarios en su defensa** frente a la presencia de elementos subjetivos de valoración por parte de las Comisiones de Regulación. Sirve además como ejercicio de autorregulación para los prestadores y en ese sentido evitar al máximo la imposición de sanciones por parte de los órganos de vigilancia.

## 2. JUSTIFICACIÓN DE LA FÓRMULA

La fórmula se traduce en  $No\ CA = (OB + V + VC) > 50\%$ .

No. CA corresponde a la verificación del objeto del contrato + la valoración de la prestación del servicio + la valoración del contenido del contrato. Estos tres elementos permiten establecer que una cláusula contractual se ajusta a los parámetros legales y sirve para garantizar que el acuerdo de voluntades que se traduce en el contrato se compensa en relación con la condición de debilidad del suscriptor o usuario, frente a la disposición de un contenido por el predisponente, en este caso el prestador del servicio público domiciliario.

Lo anterior a partir de la consideración que una Cláusula no es abusiva cuando el objeto del contrato (OB), la valoración de la prestación del servicio (V) y la valoración del contenido del contrato (VC), tras un análisis conjunto, superan en un 50% los parámetros legales establecidos para evitar que correspondan a un contenido abusivo.

Estas variables han sido establecidas teniendo en cuenta el contenido del art. 133 de la ley 142 de 1994 inciso final en donde se involucra la facultad para la Comisión de Regulación de determinar o no el carácter abusivo de una cláusula. De allí que el resultado final de la fórmula será determinar si la cláusula objeto de análisis es o no abusiva en el contexto del contrato de condiciones uniformes.

Para llegar a este resultado se proponen variables que podrán ser de conocimiento público, de fácil acceso a la información y que corresponden a situaciones fácticas verificables por el ente de regulación, cuales son: OB, V, VC.

El primero es establecido como variable a partir de la imposición a las empresas de la obtención de permiso expreso de la Comisión para contratar

cualquiera de las cláusulas del art. 133 de la ley 142 de 1994 y de otras que a pesar de no aparecer taxativas conforme lo señalado por el art. 133.26 puedan tener cal calidad.

El segundo corresponde a un análisis de la forma en que la empresa presta el servicio a su cargo de ahí que se establezcan como criterio las PQR que se interponen, información que la Comisión de Regulación tiene a través de los informes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Y por último la valoración del contenido del contrato responde a unos requisitos legales mínimos establecidos para los contratos de condiciones generales de prestación de servicios públicos.

A las variables descritas con anterioridad se ha asignado un peso máximo de 33% para cada una (OB, V, VC,) toda vez que la revisión debe ser armónica y no puede haber prelación entre ellas, por lo tanto deben tener el mismo peso, respecto a un límite dado por el 100%.

La ponderación de cada una de las variables está a cargo de la Comisión de Regulación a la hora de aplicar la fórmula a la situación fáctica sometida a su estudio y para ello deberá guiarse de los siguientes parámetros:

Del OB: Verificado el objeto contractual con las prácticas de la empresa estas deben corresponder con el desarrollo del mismo y no con la inclusión de costos, o actividades adicionales por ejemplo seguros, bienes comerciales, entre otros, que no están relacionadas con el objeto. Serán elementos para ir disminuyendo el peso actividades tales como la oferta de productos en lo que no se especifique que no hacen parte del contrato y que su incumplimiento no genera consecuencias en la prestación del servicio. Debe hacerse un

nuevo contrato para estas actividades adicionales y no partir de una mera aceptación sobre la existencia del contrato de condiciones uniformes.

Así el 33% asignado al OB corresponde a las siguientes variables que permitirán dar el peso correspondiente:

- Objeto del contrato Vs actividades desarrolladas por la empresa en relación con el mismo (criterios de eficiencia financiera, técnica y administrativa proyectados y efectivamente puestos en marcha).
- No inclusión en la facturación de valores distintos a aquellos que tienen que ver con la prestación de conformidad con el C.C.U. celebrado.
- Elaboración de un nuevo contrato para servicios adicionales a los ofrecidos en el C.C.U.
- Concepto favorable sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos domiciliarios.

En la V: La Comisión de Regulación se guiará de las calificaciones que se establezcan para la empresa prestadora del SPD de acuerdo a las reclamaciones efectuadas y resueltas, sin queja posterior del usuario por omisión en la obligación de dar soluciones a sus peticiones, quejas o reclamos – información que puede ser tomada del control ejercido por la SSPD y que puede contrastarse a partir de datos estadísticos con que cuenten estas entidades. Entre más quejas reciba y no sean resueltas de fondo el porcentaje asignado será menor.

Así el 33% asignado a la V corresponde a las siguientes variables que permitirán dar el peso correspondiente:

- Número de sanciones impuestas a las empresas por falta de respuesta, respuesta tardía o sin resolver el asunto de fondo de las PQR presentadas por los suscriptores o usuarios de los SPD, en relación con las de sectores similares y en proporción al número de suscriptores o usuarios respectivos.



- Silencios Administrativos Positivos resueltos por la SSPD toda vez que no fueron asumidos por los prestadores de los SPD.
- Que la infraestructura con que cuente la empresa sea suficiente para la prestación al número de usuarios. Revisión de la cobertura proyectada y alcanzada por el prestador.
- Que el prestador cuente con variables claras de medición e indicadores de la eficiencia en la prestación del servicio.
- Que se cumplan las normas de calidad a las que deben estar sujetas los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

En la VC: Si bien la Comisión de Regulación presenta un modelo de Contrato de Condiciones Generales que debe ser adecuado al servicio y a las necesidades de la empresa, este se debe actualizar por lo menos cada cinco años, teniendo en cuenta criterios técnicos, económicos, sociales, medioambientales, etc., además de la revisión de los elementos determinantes de situaciones de abuso.

Así el 33% asignado a la **VC** corresponde a las siguientes variables que permitirán dar el peso correspondiente:

- Contrato de adhesión de acuerdo con el modelo establecido
- Escogencia del prestador del servicio de acuerdo al ejercicio de la autonomía de la voluntad, solicitando a la empresa la verdadera disposición del contenido del contrato al potencial usuario del servicio previo a la firma del contrato.
- Evaluación de la posibilidad y la razonable oportunidad de entender el contenido contractual.
- El clausulado debe ser claro de tal manera que contenga un glosario que permita entender su contenido.
- Todo el contenido del contrato debe ser redactado en letra legible y de un tamaño regular (arial 12) para la lectura por parte de los interesados.

- Revisión del íter contractual en su conjunto de tal manera que no se vislumbre la existencia de un desequilibrio a favor de la parte que ha redactado el contenido del contrato.
- La existencia de fórmulas tarifarias claras respecto de cada uno de los servicios y de mecanismos para la información de los suscriptores o usuarios sobre las mismas.

En cada una de las variables descritas se procederá bajo el sistema check list dividiendo el 33% en cada uno de los criterios propuestos para el caso concreto.

La relación armónica de estas tres variables debe superar el 50% para que la cláusula no sea abusiva, pues se parte de la premisa de que el 50% corresponde a unas condiciones mínimas que garantizan la adecuada prestación del servicio, la protección del usuario y el cumplimiento de las finalidades Constitucionales en relación con la condición de esenciales que atribuye a los SPD.

En conclusión una cláusula no será abusiva cuando del análisis realizado por la CR de como resultado:  $(OB+V+VC) > 50\%$ .

Esta propuesta se realiza a partir del concepto de servicio público domiciliario presentado, de la normatividad que los regula y de las directrices desarrolladas en el nuevo estatuto del consumidor.

Es necesario precisar que el tema de las cláusulas abusivas se ha regulado en forma aislada, sin alcanzar a satisfacer plenamente las expectativas de los usuarios respecto de su afectación por la presencia de estas. Se pretende por tanto con esta fórmula recoger una posibilidad de análisis a

partir del modelo de los servicios públicos domiciliarios en los contratos de adhesión en general como parte de la solución a la problemática planteada.

Es necesario tener en cuenta además que «las competencias de regulación, asignadas [...] a las referidas comisiones, sobre las entidades de naturaleza pública o privada prestadoras de los SPD, apuntan a la consecución de los siguientes objetivos esenciales: - Estimular la libertad de competencia económica y, por consiguiente, prevenir y controlar el poder de monopolio de las empresas en las actividades de producción y comercialización de los servicios, con miras a asegurar una oferta permanente y suficiente de éstos a la comunidad y a evitar tratos discriminatorios y abusivos de los usuarios [...] teniendo en cuenta la observancia de los principios de participación, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad»<sup>519</sup>. Así las cosas corresponde a las Comisiones de Regulación asumir su papel de generadoras de directrices generales que permitan a los usuarios contar con herramientas reales de protección a través suyo, esto es mediante la realización de un control que como se ha referido en el presente trabajo se ha denominado **ex ante**, y no como sucede en la situación actual que es en forma posterior, aunado a que si bien existen algunas medidas de coacción estas resultan bastante débiles.

Frente al tema de las cláusulas abusivas no se quiere con este modelo llegar a las instancias del juez constitucional, que si bien reconoce la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, que impera en asuntos contractuales, establece circunstancias en las que la intervención del juez constitucional es procedente. Son ellas:

1. Situaciones de desigualdad entre las partes
2. Procesos de negociación basados en procedimientos discriminatorios

---

<sup>519</sup> BARRERA, CARBONELL ANTONIO. *Regulación en Servicios Públicos*. Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. No. 11. Junio de 2000. p, 24.

3. Contratos que contienen cláusulas violatorias de derechos fundamentales
4. Situaciones incompatibles con el ordenamiento constitucional, que se presentan en ejecución del contrato
5. Cuando el medio de defensa judicial no resulta eficaz para proteger los derechos fundamentales afectados.

Sin embargo, la intervención del juez constitucional respecto de controversias contractuales, está también limitada por las situaciones de igualdad o desigualdad en las que surja el contrato. Al respecto, las Sentencias T-222 de 2004 y T-610 de 2010, señalan que desde la capacidad contractual se supone o presume que las partes se encuentran en situación de igualdad negocial formal, eventos en que se protege con mayor intensidad la autonomía de la voluntad, por lo que a primera consideración la intervención del juez constitucional es nula o inexistente, de manera que no puede intervenir en las condiciones de contratación y ejecución del contrato. Empero se identifican de forma general dos situaciones en las cuales las controversias entre particulares adquieren relevancia constitucional: La primera, cuando los contratos contienen cláusulas violatorias de derechos fundamentales, evento en el que la intervención del juez constitucional es directa con el objeto de controlar las disposiciones entre privados que van en contravía de la Constitución; la segunda, cuando en la ejecución del contrato tenga lugar la presunta vulneración de los derechos fundamentales, situaciones en las que el grado de intervención del juez constitucional depende, por entero, de la manera en que se verifica la violación o amenaza de los derechos fundamentales de alguna de las partes, si tal amenaza o violación surge de manera directa de alguna de las cláusulas contractuales, se ha de admitir una intervención más intensa, mientras que si se trata de consecuencias inconstitucionales derivadas del ordinario cumplimiento del

contrato, la intensidad disminuye y la carga probatoria y argumentativa exigible al demandante aumenta.

Si bien desde la Constitución Política se reconoce la existencia de situaciones de desigualdad en algunas condiciones de negociación –como es el caso de los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios –, éstas han de ser consideradas por el sistema jurídico a fin de garantizar que la igualdad sea real y efectiva, sin que ello implique que en todos los casos se puedan superar dichas condiciones de desigualdad inicial, las cuales buscan subsanarse con garantías para el proceso de negociación y con cargas oponibles a las partes.

Se busca dar un paso previo y evitar acudir al juez constitucional, máxime cuando se trata de asuntos que en ocasiones acarrear mayores costos y asumir un tiempo de que las partes carecen, buscando en todo caso contextualizar y llevar a la práctica la idea del Estado Social de Derecho, lo que conlleva un cambio cualitativo en la asunción de los roles que se dan dentro del seno de la Comisión de Regulación y los deberes del Estado.

En tal sentido es necesario reiterar que «el elemento social introduce una variable importante en lo que concierne con los fines hacia los cuales debe orientarse el ejercicio de las potestades, competencias o funciones estatales, fines que identifican múltiples cometidos de la naturaleza social que se traducen fundamentalmente en la atención de las necesidades básicas de la comunidad, a través de los servicios públicos, que constituyen el medio para lograr la creación de unas condiciones materiales de vida acordes con la dignidad del ser humano. El papel que el Estado Social de Derecho asume no se reduce a proteger la vida, la mera existencia biológica, sino a crear y asegurar las condiciones materiales que les aseguren a los integrantes de la comunidad una especial calidad de vida. Los servicios públicos constituyen,

en una gran medida, los instrumentos o mecanismos operativos de realización concreta de dichas condiciones»<sup>520</sup>.

Debido a la frontera casi invisible que se traza en la actualidad respecto del derecho administrativo y el derecho privado, se puede establecer que los servicios públicos domiciliarios, constituyen un claro ejemplo de desarrollo de normativas que corresponden a ambos regímenes, de ahí que el presente trabajo haya dedicado en sus páginas, una parte, a reflexionar el concepto y evolución del servicio público desde sus orígenes, en razón de la naturaleza de su fundamentación como **función del Estado**, la cual sigue estando en cabeza del derecho administrativo, y otra parte, a estudiar el tema de los **contratos** cuya incidencia está dada por el derecho privado, todo ello con el fin de encontrar una explicación a una figura propia del derecho colombiano, tal como se ha referido, la cual corresponde a los servicios públicos domiciliarios.

Lo descrito anteriormente es consecuencia de la notoria expansión del derecho administrativo, debido a los cambios que han ocurrido, tales como la apertura de la frontera de cooperación de lo público con lo privado, por lo tanto el abordaje de temas como el referido a los servicios públicos domiciliarios, debe ser estudiado a la luz del derecho en general, sin pensar en clasificaciones excluyentes como se hacía de antaño.

Tal como lo señala el profesor Alberto Montaña Plata, director del presente trabajo, «las manifestaciones concretas más visibles de esta nueva normatividad ... [de los servicios públicos] se refieren a una redefinición de la estructura administrativa del prestador del servicio público; a la inserción de nuevas formas gestionales de esta actividad, a la reivindicación del rol del consumidor, a la inserción de principios como los de eficiencia, eficacia,

---

<sup>520</sup> BARRERA, CARBONELL ANTONIO. *Regulación en Servicios Públicos. Op. Cit.*, pp. 19 – 20.

simplicidad y economía en todas las actuaciones de la administración pública<sup>521</sup>... », situación que jurídicamente merece varias precisiones toda vez que se debe estructurar el tema de los servicios públicos domiciliarios alrededor de sus características propias, tal como la identificación de unas bases constitucionales precisas que le den soporte para que se desarrollen normativas que les sean propias en razón de su función y finalidad.

Este trabajo, finalmente se encarga de ofrecer una alternativa a la necesidad de controlar las actividades de regulación de las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios, frente a las cuales el legislador no le ha asignado unos criterios generales en relación con la realización del control administrativo del contrato de servicios públicos domiciliarios y la valoración de cláusulas abusivas, pasando por alto la incidencia que tienen en el ejercicio de las funciones que les han sido dadas. Por lo tanto, ante una ausencia de lineamientos de control, por la debilidad directiva de la ley a la que le corresponde direccionar las actuaciones en forma general, en pro de la protección de los prestadores y usuarios de los SPD, se plantea la matriz de identificación de cláusulas abusivas diseñadas en pro de la protección del contrato de SPD.

En este sentido, se han fijado criterios de valoración de aquellas situaciones consideradas en el texto del contrato como abusivas, no solo teniendo en cuenta las enumeraciones dadas por la ley 142 de 1994 y la más reciente ley 1480 de 2011, sino aquellos elementos generales que permiten identificar las diferentes situaciones constitutivas de cláusulas abusivas, independientemente de la existencia de su enunciación en una lista o no, y que se han identificado como los siguientes: a) Que se trate de un contrato de adhesión; b) Valoración de la información adecuada e idónea al usuario

---

<sup>521</sup> Alberto Montaña Plata. Presentación realizada en el texto titulado: El concepto de de servicio público y su régimen jurídico en México. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/31.pdf>.

con el fin de comprobar el ejercicio de la escogencia del prestador del servicio; c) Ejercicio de la autonomía de la voluntad, solicitando a la empresa la verdadera disposición del contenido del contrato al potencial usuario del servicio previo a la firma del contrato; d) Evaluación de la posibilidad y la razonable oportunidad de entender el contenido contractual; e) El clausulado debe ser claro de tal manera que contenga un glosario que permita entender su contenido; d) Todo el contenido del contrato debe ser redactado en letra legible y de un tamaño regular para la lectura por parte de los interesados; f) Revisión, que del contenido del íter contractual en su conjunto no se vislumbre la existencia de un desequilibrio a favor de la parte que ha redactado el contenido del contrato.

La propuesta aquí presentada busca brindar herramientas objetivas al quehacer de las comisiones de regulación, puesto que el legislador le ha dado la potestad de permitir la inclusión de situaciones taxativamente consideradas como abusivas a su arbitrio, lo cual constituye un efectivo ejercicio de prerrogativas públicas. Sin embargo, no le otorga herramientas de valoración que puedan ser aplicadas de manera general a todos los casos, o que de manera específica sean presentadas tanto a los prestadores como a los usuarios del servicio público domiciliario respectivo, de tal manera que puedan ofrecer seguridad frente a la decisión tomada.

Esta reflexión propone una idea cuyo soporte está dado en las bases teóricas y argumentativas, cuyo eje central gira alrededor de la puesta en marcha del querer constitucional en el marco del Estado Social de Derecho que nos cobija, situación que necesariamente conlleva a realizar modificaciones estructurales en la organización de las Comisiones de Regulación y a tomar como modelo una construcción de instrumentos de medición como el que se plantea. De esta manera, la fórmula de las cláusulas abusivas se presenta así: No CA (No Cláusula abusiva) cuando de



la sumatoria de los siguientes factores; OB (33%) + V (33%) + VC (33%), se determina que el contrato ha sido celebrado en pro de la protección de la parte débil llamada usuario del SPD y que en una escala de medición de cada uno de estos factores de 33% alcanza siquiera un porcentaje superior al 50%.

Con lo anterior se efectuó una construcción en términos teóricos, que pueda servir para generar una nueva discusión doctrinaria y jurisprudencial –bien escasa en este sentido–, de unos conceptos que son utilizados en múltiples oportunidades, con una heterogeneidad de significados y en ocasiones sin que al respecto se pueda valorar de manera pública la toma de decisiones, máxime en un tema como el de los servicios públicos domiciliarios de los cuales somos partícipes todos los habitantes del territorio colombiano.

## CONCLUSIONES

1. Los servicios públicos domiciliarios constituyen un concepto propio y particular del derecho colombiano, cuyas bases se soportan en la teoría general del servicio público. La forma de Estado incide en su concepción, situación que lleva a que, cumplan unas funciones específicas y, por tanto, se constituyan en herramientas importantes para la consecución de los fines del Estado social y democrático de derecho, que busca la satisfacción de los intereses de los individuos como un propósito fundamental dentro de la garantía real de sus derechos.

2. El contexto histórico en que se encontraba el país para el momento en que se conformó la Asamblea Nacional Constituyente (1991) motivó varios debates acerca del tema de los SPD. Fruto de tales discusiones se obtuvo entre otros lo dispuesto de manera expresa por el artículo 367 de la Constitución Política referido a los servicios públicos domiciliarios de manera general, sin una definición propia, dejando tal tarea de conceptualización y desarrollo normativo al legislador. No obstante lo anterior, sí se establecieron en el texto constitucional los principios de universalidad, equidad y solidaridad, eficiencia, libertad de competencia, descentralización y control social, como insumos relevantes de la prestación de dichos servicios.

3. El Estado Social de Derecho consagrado en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 da un papel preponderante a la persona individualmente considerada y en sociedad. Se resalta el papel del individuo como principal motor de los desarrollos de un país y en este sentido la prestación de los SPD debe contribuir al desarrollo de la persona humana en condiciones dignas. Ya no se trata de un Estado en el que solo el imperio de la ley es importante; si bien esta continúa teniendo un papel significativo,

debe ser revisada a la luz de la garantía de los derechos fundamentales de los individuos.

4. La vigencia de la Constitución Política de 1991 trajo consigo que principios como el de que la satisfacción del “interés general” se constituyera en el norte que permitiera dirigir los fines del Estado hacia la búsqueda del bienestar de los habitantes del territorio Colombiano. Tal propósito soporta los criterios más relevantes que caracterizan los servicios públicos domiciliarios: la prestación continuada en el tiempo – sin interrupciones, la adecuación de la prestación del servicio a las necesidades de los ciudadanos, la onerosidad, la igualdad entendida dentro del precepto *suum cuique tribuere*<sup>522</sup>, el deber de brindar la información debida, el respeto por las obligaciones pactadas, la no incorporación de cláusulas abusivas en el contenido del contrato, el ejercicio de controles particulares y estatales frente al contrato y la prestación del servicio.

5. El marco legislativo de los SPD se ha desarrollado a partir de los lineamientos dados por el Constituyente, lo que abrió paso a la promulgación de la ley 142 de 1994. Esta norma constituye la base de consolidación del tema. Para determinar su contenido se tomaron como criterios de orientación entre otros, las necesidades propias del país, su idiosincrasia, aspectos demográficos, políticos y económicos, los cuales fueron tenidos en cuenta para determinar cada uno de los ítems tratados en el texto legal señalado.

6. Dentro del antedicho texto legal, a los servicios públicos domiciliarios se les dio la connotación de servicios públicos “esenciales”. Esta categorización lleva consigo un esfuerzo adicional no solo por parte del Estado en relación con el desarrollo de las actividades de regulación, vigilancia y control, sino

---

<sup>522</sup> Dar a cada quien lo suyo o lo que le corresponde. Se debe tener en cuenta que no todas las personas necesitan lo mismo, es necesaria la búsqueda de la igualdad material en condiciones de equivalencia.

que también exige de los prestadores el ejercicio de sus deberes en búsqueda de la garantía de los derechos de los usuarios en su máxima expresión (irradiados por los preceptos constitucionales). Estos servicios constituyen el quehacer del Estado que debe velar por ejercicios que conduzcan a una mayor y mejor cobertura. Esta distinción debe tener en cuenta que todo servicio público domiciliario es esencial, pero no todo servicio esencial es domiciliario, de modo que se limita el número de servicios esenciales a los públicos domiciliarios.

7. En el contexto de servicios “esenciales”, es necesario tener en cuenta que el término empleado para identificar a las personas a quienes se dirige la prestación de los mismos, es el de **usuarios**. A estos se les ha dedicado un espacio específico en la Constitución Política dentro del acápite de los derechos colectivos; no obstante, tal ubicación no es definitiva, ni excluyente, de tal manera que bajo la invocación de violación o manifiesto peligro de un derecho fundamental, estos pueden ser protegidos.

8. La denominación de usuarios es distintiva del concepto de consumidor, diferenciación que resulta importante en razón del régimen aplicable, derechos y deberes reconocidos, además que permite establecer los rasgos característicos de quienes son sujetos activos y pasivos de los SPD. Al constituirse estos en herramienta fundamental para la consecución de los fines del Estado, el usuario adquiere un papel relevante y conforma el eje orientador de las proyecciones de los servicios públicos a garantizar, y las acciones a tomar dirigidas a la búsqueda de su desarrollo en la sociedad.

9. Desde una perspectiva constitucional es necesario precisar que a pesar de hacerse una enumeración taxativa de derechos y de normativas que buscan la protección de este individuo o persona jurídica denominado consumidor (género), el derecho de los usuarios (especie de aquellos) goza de

prerrogativas especiales en razón de su identificación con los SPD. Lo anterior, teniendo en cuenta el carácter de estos servicios, su naturaleza y finalidad, condiciones que hacen parte del quehacer del Estado Social de Derecho que envuelve el derecho colombiano.

10. Legal y doctrinariamente se ha definido qué se debe entender por el término usuario. Respecto de la normatividad que lo preceptúa se cita el artículo 14.33 de la ley 142 de 1994. Es importante señalar que sobre el tema no existe un régimen unificado de protección a los usuarios de los SPD; se cuenta con normas aplicables a estos como el reciente Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011) y manifestaciones regulatorias sobre el tema. Lo anterior implica un panorama de dispersión normativa que se traduce en serios problemas para los usuarios quienes encuentran dificultades al intentar identificar las normas sustantivas que les son aplicables, hay diferentes procedimientos para perseguir la atención a su necesidad, además de la concurrencia de distintos entes de control con funciones en materia de usuarios.

11. A pesar de existir desarrollos legales, jurisprudenciales y doctrinales acerca del concepto de usuario y sus garantías en razón a su consideración como parte débil, en la actualidad en el contrato —herramienta que consolida la relación prestador-usuario—, siguen existiendo situaciones consideradas abusivas. Ello evidencia la ausencia de mecanismos reales que si en la práctica no eliminan al menos aminoren tales situaciones que contravienen los propósitos o finalidades de los textos creados para excluir la presencia de las mismas.

12. La anterior deficiencia se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano trata de manera indiscriminada al consumidor o usuario, cuando estos conceptos obedecen a condiciones

diferentes. Así las cosas, la sola consagración de mecanismos de defensa generales no resultan suficientes para alcanzar las finalidades propuestas con la prestación de los SPD. En un Estado Social de Derecho en el que no basta con una mera enunciación de derechos y deberes sino que se pregona por la materialización de los mismos, lograr tal propósito es posible a partir de una prestación eficiente, eficaz e ininterrumpida de los SPD a quienes solicitan de los mismos o actúan como sus beneficiarios, siendo estos los usuarios quienes deben gozar de una connotación especial y diferenciadora de los demás consumidores en razón de la naturaleza del servicio que reciben.

13. Las relaciones jurídicas entre usuario-prestador surgen a partir de la materialización del contrato de SPD. Ello lleva consigo la obligación de las partes de respetar su tenor literal, además de las disposiciones contenidas en la ley y las condiciones uniformes que señalan las empresas de servicios públicos. El régimen aplicable estará irradiado por las normas del Código de Comercio y del Código Civil, esto sin perder de vista el criterio de constitucionalidad que debe gobernar al ordenamiento jurídico colombiano.

14. El contrato se constituye en la herramienta principal para el desenvolvimiento de las partes. Las implicaciones jurídicas del concepto civil de contrato inciden en la definición del contrato de SPD. La autonomía de la voluntad entendida como ese querer y posibilidad de decidir el íter contractual sigue teniendo vigencia y debe ser revisada en consonancia con los usos sociales y las normas de imperativo cumplimiento, las cuales cobijan los pactos entre los particulares, y entre estos y los prestadores de determinado servicio.

15. Respecto a la definición y el contenido del contrato, cada una de las partes, tiene derecho a discutir, sugerir y cambiar el clausulado de acuerdo a

su intención real, esto ***desde la concepción tradicional***. Situación que no es equivalente en el contrato de condiciones generales como ocurre para el caso de los SPD, puesto que con el propósito de no generar diferencias entre quienes desean obtener el mismo servicio, se da la facultad a los prestadores de ofrecer contratos en masa con condiciones preestablecidas. A partir de estas consideraciones se tiene que para la caracterización del contrato de SPD se toma como referencia el contrato de derecho civil. Sus elementos esenciales para obligarse en forma válida, los cuales corresponden a la capacidad, el consentimiento, la causa y el objeto lícitos, todo ello permeado por el principio de la buena fe y el desenvolvimiento de las partes dentro de la autonomía de la voluntad.

16. El contrato de SPD goza de unas características especiales, consistentes en la ausencia de negociación del clausulado predispuesto para ser aceptado por los usuarios de los servicios, no obstante ello se debe tener en cuenta que se siguen conservando las condiciones de buena fe y autonomía privada atendiendo a las particularidades precisas de esta clase de negociación, además de los elementos esenciales que no deben ser desconocidos. Atendiendo a las características referidas y a la naturaleza del servicio que se presta a través de esta modalidad de contratación, es necesario precisar que las obligaciones resultantes están ligadas entre sí por un vínculo de reciprocidad.

17. El régimen aplicable a este contrato atendiendo a sus características *prima facie* corresponde al derecho privado, pero teniendo en cuenta que se trata de SPD, las normas de derecho público son inherentes a su presentación, ejecución y liquidación. Estas últimas se dirigen a velar que los derechos y obligaciones de las partes involucradas cumplan la función que les han sido reconocidas.

18. La consecuencia primigenia de constituir los SPD una especie dentro de la teoría del servicio público sería la regulación de derecho público de sus actos y contratos. Sin embargo, la Constitución Política de Colombia deja en manos del legislador el desarrollo de los criterios para la contratación de los prestadores. En este punto el legislativo da prevalencia al derecho privado, buscando con ello dentro de otros propósitos el que las empresas prestadoras de SPD puedan actuar en el tráfico jurídico ordinario, como unos sujetos más del mercado, esto en consonancia con el ideal Constitucional de abrir el régimen de competencia.

19. En relación con el contrato de SPD se han establecido diversos controles, los cuales son ejercidos por el Estado, y surgen de la necesidad de evitar abusos por parte de los prestadores, dada la calidad especial que les acompaña de contar con una posición predominante, teniendo en cuenta condiciones especiales tales como conocimiento técnico del servicio, poderío económico en el mercado, entre otros. Aunado a ello se tiene que en algunos casos los prestadores del servicio se convierten en únicos teniendo en cuenta la especificidad del mismo, circunstancias en las que se hace necesario que el Estado continúe vigilante a través de los órganos dispuestos para ello, siendo uno de estos las Comisiones de Regulación.

20. Las Comisiones de Regulación tienen dentro de sus obligaciones legales la de hacer la revisión del contenido del contrato sin que ella implique modificación de la voluntad de las partes. En todo caso debe velar por preservar el interés general de los usuarios de los servicios. A su vez existe dentro de las entidades que representan el quehacer del Estado la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de creación Constitucional, cuyas acciones están dirigidas a garantizar la eficiente prestación de los servicios, asegurar que se desarrollen en condiciones de



igualdad y lealtad y en general velar por la defensa de los derechos de los usuarios, además de las funciones que taxativamente le han sido señaladas.

21. Al involucrar los contratos intereses bilaterales requieren de alguna forma de control con el fin de garantizar la satisfacción de las necesidades que llevaron a la celebración del mismo. Si bien, el hecho que se trate de contratos de adhesión *per se* no significa desconocimiento de los derechos de la parte adherente, sí, de una u otra manera se pueden convertir en escenario de prácticas abusivas. Estas prácticas deben ser restringidas toda vez que se convierten en un obstáculo para el logro de los intereses colectivos de, prestación eficiente, en condiciones de idoneidad, calidad, equidad, en una sociedad ávida de la materialización de herramientas que les permita verificar en la práctica los presupuestos del Estado Social y democrático de Derecho que nos cobija.

22. El ejercicio de los controles que se deben realizar al contrato es necesario no solo en lo referido al aspecto formal sino también en lo atinente a su aspecto material. Esto dentro de uno de los propósitos que busca evitar la inclusión de cláusulas abusivas, sin perder de vista que la prestación de los SPD tiene un marco específico de desarrollo cobijado por principios económicos constitucionales. En este orden de ideas es pertinente plantear criterios generales de protección a los usuarios, a quienes a su vez se les impone dentro de sus obligaciones el deber de pagar por los servicios que reciben toda vez que al hacer parte esta prestación de una actividad económica se debe garantizar los costes mínimos de sostenimiento para que puedan continuar siendo ofrecidos en las calidades óptimas para la satisfacción de las necesidades de quienes los utilizan; de ahí su onerosidad.

23. Para el cumplimiento de los presupuestos Estatales consignados constitucionalmente surge el postulado de la libertad de contratación

entendida esta desde la perspectiva del medio idóneo para conjugar la iniciativa privada con el mercado, sujeta a las reglas y principios comerciales. Si bien el Estado permite que se abra la posibilidad a que sean varios agentes quienes puedan fungir en calidad de prestadores de los SPD, este no pierde de vista su orientación de vigilancia, control y regulación, precisamente dada la connotación de servicio público que encierra esta clase de servicios. De ahí que su esfera de acción sea la de estar siempre vigilante y actuante a través de sus órganos en cuanto hace a la prestación de los mismos, además en búsqueda permanente de aspectos como ampliación de la cobertura, mejoramiento de la calidad, regulación de las tarifas, entre otros.

24. En relación con la protección de los usuarios (especie), es preciso señalar que hoy en día no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una única norma que contemple todo el tema de las cláusulas abusivas. No obstante, y atendiendo a las recientes disposiciones emanadas del Estatuto del Consumidor, es preciso afirmar que este se perfila como el ordenamiento prevalente de protección de los intereses de los consumidores (género) y en este orden de ideas tiene injerencia en las demás normas especiales cuando sea del caso.

25. El contenido del contrato de adhesión debe estar sometido a las directrices dadas por las leyes, el orden público y las buenas costumbres. Presupuestos estos que además se convierten en el marco de referencia para la calificación de las cláusulas contenidas en el contrato, las cuales siendo claras debe estarse al tenor literal de lo dispuesto en ellas, sin que le sea posible interpretación distinta de su contenido al juzgador o a un tercero.

26. A partir de la realidad social y política que nos circunda, en relación con la suscripción de los contratos de SPD, cabe advertir que en ocasiones el

usuario ni siquiera conoce su contenido. Sabe de la existencia del mismo cuando recibe en su sitio de trabajo o domicilio el valor de la factura a pagar por el servicio consumido. No obstante previo a ello, dio su consentimiento para la celebración del contrato que se ha convertido en ley para las partes, cuyo contenido al ser claro y preciso limita el poder de interpretación del juez. Esta situación se atenúa teniendo en cuenta el verdadero querer de las partes y la revisión de la forma como los principios de la buena fe, autonomía de la voluntad, no abuso del derecho no son vulnerados, puesto que estos bajo ninguna circunstancia pueden ser desconocidos, ni ser objeto de renuncia por las partes.

27. Las cláusulas abusivas cuentan con ciertos criterios generales de identificación a partir de los cuales basta con una revisión de los diferentes sistemas de listas para determinar si las cláusulas que contiene el contrato gozan o no de esta connotación. En ocasiones esta simple comparación no es sencilla pues se presentan situaciones no enunciadas en las precitadas listas, por ello se acogen como criterios de valoración del contenido del contrato el respeto de los principios de buena fe y no abuso del derecho. Estos principios tienen el papel fundamental de ser limitativos y correctivos de la libertad contractual, lo que conlleva establecer que sirven de insumo para determinar la calidad o no de abusiva de una cláusula dentro del contrato.

28. Desde un punto de vista práctico – normativo, establecer las características de las cláusulas abusivas implica muchas veces la consagración de fórmulas que permiten contar con los lineamientos generales que las definen; pero esto no es suficiente, se hace necesario además revisar el contenido del contrato en su conjunto. Las cláusulas abusivas no pueden ser miradas de manera aislada al querer o intención de

las partes que han celebrado el contrato, pues estas hacen parte de un todo que es el clausulado contractual pactado como uno solo en el contrato.

29. En términos generales se puede determinar que hay cláusulas abusivas cuando se constatan desequilibrios injustificados en el contenido de las prestaciones, resultado de la imposición del fuerte sobre el débil, que evidencian la existencia de abusos en el poder o en el derecho de contratar. Asimismo se presenta esta situación cuando con el contenido del contrato a todas luces se quiere dar prevalencia a un interés particular sobre el general, contraviniendo de esta manera los fines estatales. A su vez se señala su presencia frente a cláusulas redactadas de manera unilateral por el prestador del servicio las cuales revisadas en su conjunto en el contrato obedecen solo a un beneficio a favor de quien la redacta.

30. No es suficiente tener la identificación de las cláusulas como abusivas, es necesario una vez han sido detectadas establecer qué controles le caben, a fin de evitar que se vean amenazados de manera directa los intereses tanto del prestador del servicio como los del usuario del mismo. Esta figura se presenta como una herramienta de protección de las partes del contrato puesto que evita que sean alegadas para la sustracción de los deberes y derechos que el mismo les impone.

31. En relación con la sanción jurídica que debe recaer sobre la cláusula abusiva y, cuál es su alcance se ha reconocido la ineficiencia de pleno derecho y la nulidad absoluta. Figuras estas que proceden en cada caso en concreto y frente a las circunstancias legales que les han sido previamente establecidas. De acuerdo a lo preceptuado por la ley 142 de 1994 la sanción correspondiente es la de la nulidad de la cláusula respectiva, toda vez que la norma preceptúa que si se anula una de las cláusulas a las que se refiere artículo 133, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no

hayan sido objeto de la misma sanción. Esta situación exige por tanto pronunciamiento del juez respecto de su reconocimiento.

32. El sistema Colombiano goza del sistema de listas que determinan aquellas cláusulas que pueden ser catalogadas como abusivas, pero igualmente deja abierto un espacio de valoración para el estudio de situaciones adicionales a las allí previstas y poder de esa manera establecer otro tipo de cláusulas abusivas. La ley 142 de 1994 en su artículo 133 plantea el caso de las denominadas listas grises. Menciona 26 situaciones que podrían conducir al establecimiento de cláusulas que de perseguir la finalidad establecida en las mismas pueden considerarse como abusivas. Se dicen que las cláusulas son grises porque no plantean el caso concreto pero si determinan los límites para que una cláusula que desborde su propósito de buena fe, equilibrio contractual y además produzca un desequilibrio injustificado en las obligaciones de las partes, teniendo en cuenta la revisión del contrato en su totalidad, se desdibuje y constituya una cláusula abusiva.

33. El análisis de la cláusula que se califica como abusiva debe estar determinado por el examen de la totalidad de las estipulaciones pactadas en el contrato. Así, puede resultar que la cláusula cuestionada, incorporada en el conjunto de las demás disposiciones contractuales, no sea abusiva, pues tal como lo establece la norma se encuentra en equilibrio con los compromisos contraídos con el prestador del SPD. En ese orden de ideas no resulta práctico para el derecho actual las listas de cláusulas abusivas. Si no existiera esta lista del artículo 133 de la ley 142 de 1994, en el ordenamiento jurídico, o en el desarrollo jurisprudencial ya se cuenta con mecanismos de protección.

34. A las Comisiones de Regulación se les ha confiado la responsabilidad de estudiar, y de considerarlo pertinente permitir la incorporación en los

contratos de condiciones generales de las denominadas cláusulas abusivas. Sin embargo no se les ha proporcionado para el ejercicio de dicha tarea unos criterios específicos que les permitan valorar de manera objetiva las situaciones puestas a su conocimiento. Esta reflexión propone una idea cuyo soporte está dado en las bases teóricas y argumentativas, cuyo eje central gira alrededor de la puesta en marcha del querer constitucional en el marco del Estado Social de Derecho que nos cobija, situación que necesariamente conlleva a realizar modificaciones estructurales en la organización de las Comisiones de Regulación y a tomar como modelo una construcción de instrumentos de medición como el que se plantea. De esta manera, la fórmula de las cláusulas abusivas se presenta así: No CA (No Cláusula abusiva) cuando de la sumatoria de los siguientes factores; OB (33%) + V (33%) + VC (33%), se determina que el contrato ha sido celebrado dentro de criterios de protección de la parte débil llamada usuario del SPD y que en una escala de medición de cada uno de estos factores de 33% alcanza siquiera un porcentaje superior al 50%.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

ABELIUK, Rene. Las obligaciones. Tercera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993. Tomo I.

ACEDO, Ángel. Derecho de Consumo. Análisis jurídico – privado de la ley general para la defensa de los consumidores de 2007. Madrid: Editorial Dykinson, 2012.

ALARCÓN, Fernando. La ineficiencia de pleno derecho en los negocios jurídicos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

ALEMANIA OCCIDENTAL. CONSEJO PARLAMENTARIO. Ley Fundamental para la República Federal Alemana. Berlín: 23 de Mayo de 1949.

ALESSANDRI, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. 2ª edición. Santiago de Chile: Editorial Ediar-Conosur Ltda., 1983.

----- . Derecho Civil. De los Contratos. Segunda Edición. Santiago de Chile: Librería y Editorial Zamorano y Caperan, 1940.

----- . Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda. 1988.

ALMONACID, Juan y GARCÍA, Nelson. Derecho de la competencia, Abuso de posición dominante, Competencia desleal, Uso indebido de información privilegiada. Bogotá: Edit. Legis, Colombia, 1998.

AMADOR, Luis Eduardo. Los servicios públicos domiciliarios frente a las reformas económicas en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

----- y RAMIREZ, Richard. La ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho. En: Revista de Derecho y Economía. Contexto N. 34. Agosto de 2011.

ANGARITA BARÓN, Ciro. La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Aproximación fugaz, en Constitución Económica Colombiana. Bogotá: Bibliotheca Millennium. Colección Derecho Económico y de los Negocios. El Navegante Editores, 1996.

ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Edit. Legis, 2005.

ARAUJO, Jaime. Principios de derecho constitucional. Edit. McGraw Hill, Colombia, 1999.

ARAUJO, Rocío Mercedes. Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa: reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. En: El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Colección textos de Jurisprudencia. Conmemoración de los 10 años de la Maestría en Derecho Administrativo, 2007.

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Fundación de Estudios de Regulación, 1999. Universidad Externado de Colombia, 2003.

----- . *“La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”*, en Cassagne, Juan Carlos y Ariño Ortiz, Gaspar, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, Lexis – Nexis Argentina, 2005.



-----; DE LA CUÉTARA, Juan Miguel y DEL GUAY, Iñigo. Regulación Económica. Madrid: Editorial Aranzadi S.A., 2012.

----- y otros. Principios de Derecho Público Económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Lección Cuarta: La constitución económica, Coedición Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 2003.

----- y -----. El Nuevo Servicio Público. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997.

ARRUBLA, Jaime. Contratos Mercantiles. Medellín: Díké Editores, 1997. Tomo I.

----- . La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

----- y otros. Regulación Financiera y Bursátil y Derechos del Consumidor. 1º edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2007.

ASCARELLI, Tullio. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales. Traducción de E. Verdera y L. Suárez – Llanos. Bosch. Barcelona: Casa editorial, 1970.

ATEHORTÚA, Carlos. Los controles a las empresas de servicios públicos domiciliarios. En: Revista de Derecho y economía Contexto. No. 21, 2004.

----- . Servicios Públicos Domiciliarios, proveedores y régimen de controles. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

----- . Una aproximación al concepto de regulación. En: Letras Jurídicas. Empresas Públicas de Medellín. 1999. Vol 4, No. 1.

- ATIENZA, Manuel Y RUIZ, Juan. Ilícitos atípicos sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Madrid: Trotta, 2006.
- AYALA, Jorge Enrique. Elementos teóricos de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Edit. Doctrina y ley, 1996.
- BALLESTEROS, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos. El principio de autonomía de la voluntad. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.
- BARRERA CARBONELL, Antonio. Regulación en Servicios Públicos. En: Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. No. 11, Junio de 2000.
- BARRIOS, Edgar Varela. 2007. "Las privatizaciones en Cartagena y Barranquilla: Un paradigma mercantilista en la gestión de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. (Spanish)." *Pensamiento & Gestión* no. 23: 209-255. *Academic Search Premier*, EBSCO host (accessed June 17, 2014).
- BENOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Dalloz 1968. Biblioteca Externado de Colombia
- BERMEJO, José. Derecho Administrativo, Parte Especial, Sexta edición, Edit. Thomson-Civitas, España, 2005.
- BERNAL, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BERNAL, Mariana y VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor en las tecnologías de información y comunicación, 2008.
- BONNARD, Roger. Précis de Droit Administratif. Partie Générale. Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme) 22, rue Soufflot, Paris. (V). 1935.

BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Undécima edición. Editorial Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1983.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Sexta edición,. Argentina: Edit. La ley, 1980. Tomo I.

BREWER, Alan. Reflexiones sobre la constitución económica, En: *Estudios sobre la Constitución Española*. Madrid: Civitas, 1991.

CABALLERO, JOSÉ LUIS. La protección de los derechos del consumidor desde la concepción contemporánea de los derechos fundamentales. “Derecho de Consumo”. En: *Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo*. Actas del Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo. Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Tirant lo blanch. Valencia, 2009.

CANALES, Patricia. La función reguladora del Estado. Las autoridades administrativas independientes. Experiencias en Italia, Francia, Inglaterra, España, Estados Unidos y Argentina. Serie Estudios, No. 219, Departamento de Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional de julio de 1999, Santiago de Chile, 1999.

CARBONELL, MIGUEL. *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH, IJ – UNAM, 2004.

CONCEPTO 566 DE 2001. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

CONCEPTO 090 DE 2011. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

CONCEPTO 672 DE 2011. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

CÁRDENAS, Juan Pablo. *Justicia y abuso contractual. Los Contratos en el Derecho Privado*. Universidad del Rosario – Legis, 2007.

CÁRDENAS, Julio. Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Universidad externado de Colombia. Giro editores, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos y ARIÑO, Gaspar. Servicios públicos: regulación y renegociación. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, Lexis – Nexis, 2005.

CASSESE, Sabino. Regolazione e concorrenza. En: GIUSEPPE, TESAURO Y MARCO D'ALBERTI, editores. Regolazione e concorrenza. Bologna: Il Mulino, 2000.

CASTAÑO, Daniel. La función de regulación como mecanismo de intervención del Estado en la economía en materia de servicios públicos. Comentarios a la Sentencia T-058 de 2009. En: Revista Derecho del Estado No. 23, diciembre de 2009.

CHAMIE, José Félix. Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato. En: Revista de derecho privado. 2008.

CHAUX, Francisco José. La relación usuario cilindro en el esquema para la prestación del servicio público domiciliario de gas licuado de petróleo. Vniversitas, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. Le service publique. París: PUF, 1991.

Collection de Droit Public. Publiée sous la direction de: R. CASSIN – M. WALINE. LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE. M. LONG – P. WEIL – G. BRAIBANT. 5<sup>a</sup>. Édition. Sirey. 1969.

CIENFUEGOS Salgado, David; RODRÍGUEZ Lozano, Luis Gerardo. Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica, Núm. 429. México, 2008.

CUBIDES, CAMACHO JORGE. Los deberes de la buena fe contractual. Vol. 4. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2010.

D. RAKOFF, Todd. *Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica*. Revista de Derecho Privado. No. 37. Ediciones Uniandes. Facultad de Derecho Diciembre de 2006.

DELGADILLO, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo. México: Edit. Limusa, 2007.

DEVIS, Isaac Alfonso. Aspectos Constitucionales de los servicios públicos y las telecomunicaciones en Colombia. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá: Editorial: Universidad del Rosario, 2007.

DÍAZ MÜLLERL, Luis. El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras jornadas sobre globalización y derechos humanos. México: IJ – UNAM, 2006.

DIEZ, Fernando. El Estado Social. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004.

DÍEZ- PICAZO, Luis; GUILLÓN, Antonio. Instituciones de Derecho Civil. Volumen I. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995.

DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Teoría General del Estado. El Derecho y el Estado. Las Libertades Públicas. Organización Política. Traducción con prólogo y apéndice sobre la Representación Proporcional por JOSÉ G. ACUÑA. Segunda Edición Española. Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera. Príncipe, 16 – Madrid. 1926.

----- . Las Transformaciones del Derecho Público. Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jean. Segunda Edición. Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera Príncipe, 16. Madrid. 1926

-----. Las Transformaciones del Derecho Público y Privado. Editorial Heliasta. S.R.L. Viamonte 1730 – Piso 1° Buenos Aires Argentina, p. 31. Traducido del francés: *Las transformaciones del derecho público*: Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. *Las transformaciones del derecho privado*: Carlos G. Posada

DURÁN, Victor Manuel. Estado Social de Derecho: Democracia y Participación. En: Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos. (7°: 2001: Valle de Bravo). Memorias de la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos. Valle de Bravo, México, 22-25 de abril de 2001.

DUSSÁN, JORGE. El régimen de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

ECHEVERRY, María Verónica. El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. 2011.

EDMUNDO, Jorge. El control judicial de entes reguladores y de control: luces y sombras en la evaluación de los entes. 2007.

EMILIANI, Raimundo. Curso razonado de las obligaciones. Fuentes involuntarias, y efectos, modalidades y extinción de las obligaciones. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2001. Tomo II.

FERNANDEZ, Gabriel. La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América. En: Universitas, No. 106. Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2003, Bogotá, Colombia.

FLÓREZ, J. La función reguladora del Estado: ¿qué regular y por qué? Conceptualización y el caso de Colombia. En: Borradores Departamento de Economía. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia, 2009.

FORSTHOTT, Ernest. Concetto e natura dello Stato di diritto. En: Stato di diritto in trasformazione. Milan: Guifré, 1973.

GARCÍA, Lozano Luisa Fernanda. *LA INCIDENCIA DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL*. Revista Prolegómenos – Derechos y valores, Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - No. 27 - Julio - Diciembre 2011 - ISSN 0121-182X, p. 182. 2011-I.

GARCÍA de Enterría, Eduardo. Fernández Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Editorial Civitas S.A. Madrid. Cuarta edición. Reimpresión 1995.

GARCIA, Rubén. Los abusos en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Segunda edición, Bogotá: Edit. Librería ediciones del profesional Ltda, 2010.

GHERSI, Carlos y GIMENEZ, Andrés. Cláusulas Abusivas, Nulidad e Ineficacia. Buenos Aires: Editorial Juris, 2001.

GUAL, José Manuel. Cláusulas de Exoneración y Limitación de Responsabilidad Civil. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2008.

----- . El control sobre las clausulas abusivas un régimen en evolución. En: Revista IUSTA. 2009.

HAURIUO, Maurice. La jurisprudence administrative de 1892 á 1929, tome permier.

HINESTROSA, Fernando. Derecho civil, hechos y actos jurídicos. Bogotá: Universidad externado de Colombia. Giro Editores, 1992.

JARAMILLO, Raúl; MONROY, Gustavo; VILLAMIZAR, Rodrigo. La encrucijada de los servicios públicos. Bogotá: edit. Norma, 2005.

JÉZE, GASTON. *Principios Generales del Derecho Administrativo I. La técnica jurídica del derecho público francés*. Editorial Depalma Buenos Aires, 1948, p XXIX. Traducción directa de la 3ª edición francesa *Les*

*principes généraux du droit administratif*, Edit. Marcel Giard, Paris, 1925.

JOSSERAND, Louis. Del abuso del derecho y otros ensayos. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

----- . Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América. Bosch y Cía., 1951. Tomo II.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. 24 Edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1987.

LAGUADO, Carlos Andrés. Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de la Buena Fe en el Contrato de Seguro. En: VNIVERSITAS. Universidad Javeriana. (Mayo de 2003).

----- . Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el contrato de Seguro. (s.f.)

LENIS, Ana Lucía. Las agencias independientes o comisiones de regulación. Revista de Maestría en Derecho Económico, N° 2. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia, 2004.

LESMES, Carlos. Derecho administrativo del siglo XXI: La externalización de los servicios públicos, Consejo general del poder judicial. Centro de documentación judicial. España: Edit. LerkoPrint S.A., 2008.

LONG, M. WEIL, P. BRAIBANT, G.DELVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B. Les grand sarréts de la jurisprudence administrative. París: Sirey, 1996.

LÓPEZ, Javier. Constitución económica. Mercado y Derecho del Consumo. En: Revista Contexto.



LOUIS, Jean. Introduction hisotiriqueau droit administratif francais.París: PUF, 1985.

MANTILLA, Fabricio y TERNERA, Francisco. Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

MARX, Karl. y ENGELS, Fiedrich. El Capital. El proceso global de la producción capitalista. México: Biblioteca del pensamiento socialista. Siglo XXI editores. Tomo III/Vol.8 Libro tercero.

MICHELOZZO DI, Bartolomeo. La violencia morale nei cantratti, Napoli, 1996.

MOLINA, Andrea. En: Revista Letras Jurídicas. Vol. 14 No. 1. Marzo 2009.

MOLINA, Jorge. Las cláusulas abusivas. En: CEDEC. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Seminarios 12. Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

MONTAÑA, Alberto. Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de 1991. En: Revista de Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia. Número 14, Junio de 2003.

------. El concepto de servicio público en el derecho Administrativo. Segunda Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

------. Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de servicios públicos. En: Revista de Derecho y Economía Contexto. Universidad Externado de Colombia. No. 14. Septiembre de 2002.

------. Sintomatología en diez puntos del régimen jurídico de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios. En: CONTEXTO. Revista de Derecho y Economía. No. 19. (Septiembre de 2004). Edición Especial. Universidad Externado de Colombia.

----- y CASTAÑO, Daniel. Régimen normativo de los servicios públicos domiciliarios. Ley 142 de 1994, disposiciones complementarias y jurisprudencia de constitucionalidad concordada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo parte general. España: Edit. Tecnos, 2005. España.

MUÑOZ LAVERDE, Sergio. El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. En: Alterini, Arrubla, Bonivento, Cárdenas, Cubides, De ángel & otros, Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana & Temis, 2010.

-----.. El Derecho Contractual y la Propiedad Privada Frente a los Principios Rectores del Código Civil Colombiano. VNIVERSITAS. Pontificia Universidad Javeriana. Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. No. 73.

MUÑOZ, Santiago. Servicio público y mercado. Madrid: Civitas, 1998. Tomo I.

-----.. *Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Fundación. Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset. Primera edición 2009, Madrid.

-----.. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV. La Actividad Administrativa. Iustel. Primera edición, Madrid. 2011

NEME, Martha Lucia. El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 11.

NETTLE, Patricia. La función reguladora del Estado. Las autoridades administrativas independientes. Experiencias en Italia, Francia, Inglaterra, España, Estados Unidos y Argentina. Serie Estudios, No.

219, Departamento de Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional de julio de 1999. Santiago de Chile, 1999.

ORDOQUI, Gustavo. Abuso del Derecho, civil, comercial, procesal, laboral y administrativo. 2ª Edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 217 A (III). Declaración de los Derechos Humanos. París: 10 de diciembre de 1948.

ORTEGA, Eduardo. Derecho administrativo del siglo XXI. Cuadernos de derecho judicial. Madrid: Edit. LerkoPrint S.A., 2008.

OSPINA, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Cuarta Edición. Bogotá: Editorial Temis, S.A., 1987.

PADILLA, Gumesindo. La buena fe como elemento de integración jurídica en América Latina. En: Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados. ADAME, GODDARD JAIME. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

----- . *Derecho Romano*. Mc Graw Hill. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Cuarta edición, 2008.

PALACIO, Juan; MUÑOZ, Zulma; CASTRO, Héctor; GARCIA, Jorge Y SANDOVAL, Jairo. Hacia la definición de un modelo jurídico especial para los contratos de servicios públicos. En: prolonguemos derechos y valores. Redalyc (35-47, enero- junio, Bogotá- Colombia). 2006.

PALACIOS, Hugo. El Derecho de los Servicios Públicos. Bogotá: Derecho vigente. 1999.

PENAGOS, Gustavo. *El Consejo de Estado de Francia. Origen del Derecho Administrativo en el Mundo*. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. 1993

PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. ebrary Reader. J.M. BOSCH EDITOR, 2003.

----- . *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. (J.M. BOSCH EDITOR - Barcelona) 1997.

PIERRE, Nicolas y DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público y privado. Argentina: Edit. Heliasta S.R.L., 1975.

PINZÓN, Jorge. Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas. En: Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. No. 17. Volumen IX. Diciembre de 1995.

PIPAÓN, Jorge Guillermo. Derechos de los Consumidores y Usuarios. LEX NOVA, S.A., 2010.

PIZARRO, Wilson Carlos. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. Revista Estudios Socio-Jurídicos 6, 2004.

----- . Las cláusulas abusivas, una crítica al control represivo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Universidad de Chile, 2005.

PLATA, Eva del Pilar. Investigación: “La participación ciudadana en los comités de desarrollo y control social de servicios públicos domiciliarios, en las comunas 5, 6 y 7 de la ciudad Bucaramanga”. 2008.

----- . Teoría del contrato vs. Contrato de condiciones generales. En: Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual. (2°. 2010: Bucaramanga) Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual, Organización y Actividad Empresarial. Bucaramanga, Colombia.

POSADA, Adolfo; JAÉN, Ramón y BELTRÁN, Francisco. Las Transformaciones del derecho público. Madrid: Librería Española y Extranjera, 1915.

POTHIER, Robert. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

RIVERO, Ysern José Luis. *Manual de Derecho Local*. Editorial Civitas S.A. Segunda Edición, 1993.

RAKOFF, Todd. Contracts of adhesion, an essay in reconstruction. En: Harvard Law Review 96, No. 6, 1983.

RENGIFO GARCIA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. 2ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

RICCI, Jean-Claude. Mémento de la jurisprudence administrative. París: Hachette, 1998.

RINCÓN, Córdoba Jorge Iván. La igualdad material como responsabilidad de la administración pública. “La constitucionalización del Derecho Administrativo” XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Septiembre de 2014, primera edición. Bogotá – Colombia.

RIPERT, Georges. La regle morale dans les obligations civiles, 3º ed. (s.f.)

----- . *La regla moral en las obligaciones civiles*. Con comentarios basados en la jurisprudencia y leyes de Colombia. Por Hernando Devis Echandía. La Gran Colombia – Bogotá, 1946

RODRÍGUEZ, Camilo Andrés. Una aproximación a las cláusulas abusivas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Legis S.A. 2013.

ROMERO, Juan Fernando. Huelga y servicio público en Colombia: evolución legal y regulación constitucional en 1991. Primera edición. Bogotá: Edit. Rodríguez Quito, 1992.

RONTIER, Jean-Marie. Les servicespublics. París: Hachette, 1996.

ROSILLO, Fairén Alejandro. *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. 1ª edición. Junio 2010. Edita: LA LEY. España.

SALAMANCA, Jaime. El estado del arte de la regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). Colombia, 2001.

SANCHEZ, Guillermo. Interpretación de los fallos de constitucionalidad colombiana: el caso de las auditorías externas de gestión en servicios públicos domiciliarios. Diciembre de 2008.

SÁNCHEZ, Miguel. Derecho Administrativo parte general. Edit. Tecnos, 2005.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. El concepto de usuario en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, En especial en los de energía eléctrica. Concepto solicitado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en julio de 1999. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2000.

------. Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Gobierno Municipal. Maestría en Gobierno Municipal. Bogotá. 2002.

------. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. Tomo I.

SANTOS BRIZ, Jaime. Los Contratos Civiles. Nuevas perspectivas. Granada (España) 1992. Editorial Comares.

SANTOS, Jorge. El abuso contractual. Vol. 4. Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2010.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducción: Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Primera edición 1983. Reimpresión 1991.

SERNA, José Raúl y CORREA, Luz Eugenia. La función normativa de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín – Colombia. Año LXIV –segunda época – Julio de 2003. Volumen LXI, No. 137.

SIERRA, Adela. Cláusulas abusivas en la contratación. Segunda edición. Navarra: Editorial Arazandi, 2002.

SOMARRIVA, Manuel. Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1939.

SOTO, Carlos Alberto, “La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto”. Contratación contemporánea. Bogotá: Editoriales Palestra y Temis, t. I, 2000.

----- . Las cláusulas generales de la contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. En: *Vniversitas* Diciembre, número 106. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

----- y VARGAS-MACHUCA, Roxana. Contratación Privada. Lima: Jurista Editores, 2002.

STIGLITZ, RUBEN. Contratos civiles y mercantiles. Buenos Aires: Editorial Abeledo – Perrot, 1998. Tomo II.

SUESCUN, Felipe. Control judicial de las Cláusulas Abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. En: *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes. Septiembre de 2009.

- TABARQUINO, Raúl. Los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia: Una Mirada desde la Ciencia de la Política Pública y la Regulación. (Consolidación de trabajo de investigación entre el 2004-2011).
- TORRES, Leonardo; MORA, Humberto; y CRÉPY, Marie. Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa. Primera edición en español. Bogotá: Ediciones librería del profesional, 2000.
- TRUJILLO Calderón, Martha Lucía. MUTIS Vanegas, Andrés. *Las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios*. VNIVERSITAS JURÍDICA. Pontificia Universidad Javeriana. No. 89. Diciembre – 1995, Santafé de Bogotá. Colombia.
- UPRIMNY, Catalina. Las Comisiones de Regulación: el punto medio de las agencias independientes en Colombia. En: Universitas. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas. No. 3. Junio 2006.
- URIBE, Eva María. Doctrina jurídica unificada en materia de servicios públicos domiciliarios. 2009.
- VALDERRAMA, Carmen Ligia. Perspectivas del Derecho del Consumo. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, mayo de 2013.
- VALENCIA, Germán Darío. Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. En: Revista Ecos de Economía de Eafit. No 18, Medellín. Abril de 2004.
- VALLESPINOS, Carlos. El contrato por adhesión a condiciones generales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.
- VEDEL, George. Droit Administratif. THÉMIS. Manuels Juridiques, Économiques et Politiques. *Collection dirigée par Maurice DUVERGER*. Troisième Édition Refondue. Presses Universitaires de France. 108, Boulevard Saint-Germain, Paris. 1959.



VEDEL, GEORGES. Pages de doctrine. París: LGDJ, 1980.

VELILLA, Marco Antonio. La Constitución Económica Colombiana. En: Foro del Jurista, Revista de la Cámara de Comercio de Medellín. vol 6, No. Medellín: ed. Diké, Mayo de 1993.

VILA, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Segunda preimpresión. Bogotá: Legis Editores S.A., 2009.

VILA Casado, Iván. *Reflexiones constitucionales. La Constitucionalización del derecho y de los derechos.* Universidad Libre Seccional Cúcuta. San José de Cúcuta. Primera Edición. Octubre de 2011.

VILLALOBOS DE BASTIDAS, Flor y AGUIRRE ANDRADE, ALIX. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. En: Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES) de la Universidad del Zulia. 2007.

## **JURISPRUDENCIA**

COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

### **CONSEJO DE ESTADO.**

- Providencia Expediente 5606 del 7 de octubre de 1.999.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado No. 68001-23-15-000-3000-2009-01.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado No. 25000-23-25-000-2003-00254-01.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicado No. 54001-23-31-000-2003-00-266-01.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera. Radicado No. 25000-23-24-0000-2003-00881-01.
- Sala plena. Sentencia N° S-701 de 23 de Septiembre de 1997.

## CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias.

- C- 993 de 2006. M.P. Jaime Araujo Renteria.
- C- 616 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil
- C- 1064 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda y Jaime Triviño.
- C- 1120 de 2005. M.P. Jaime Araujo Renteria.
- C- 1141 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- C- 134 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Meza.
- C- 263 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- C- 265 de 1994. M.P. Alejandro Martínez
- C- 332 de 2000. M.P. Fabio Morón.
- C- 378 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio.
- C- 389 de 2002. M.P. Clara Ines Vargas.
- C- 450 de 1995. M.P. Antonio Carbonell.
- C- 475 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.
- C- 524 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- C- 558 de 2001. M.P. Jaime Araujo.
- C- 575 de 1992. M.P. Alejandro Martínez.
- C- 599 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- C- 624 de 1998. M.P. Alejandro Martínez.
- C- 636 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- C- 663 de 2000. M.P. Antonio Carbonell.
- C- 041 de 2003. M.P. Jaime Cordoba Triviño.
- C- 066 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.
- C- 075 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- C- 075 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- C- 1162 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández.
- C- 150 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda.
- C- 167 de 1995. M.P. Fabio Morón.
- C- 270 de 2004. M.P. Jaime Cordoba Triviño.
- C- 459 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- C- 493 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.
- C- 473 de 1994. M.P. Alejandro Martínez
- C- 827 de 2001. M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- SU 1193 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- T- 028 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Meza.
- T- 058 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- T- 091 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- T- 240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes.
- T- 321 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- T- 328 de 2009. M.P. José Ignacio Pretelt.
- T- 375 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes.
- T- 380 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

- T- 406 de 1992. M.P. María Victoria Calle.
- T- 158 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- T- 532 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- T- 540 de 1992. M.P. Alejandro Martínez.
- T- 578 de 1992. M.P. Alejandro Martínez.
- T- 926 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- T- 927 de 1999. M.P. Clara Inés Vargas.
- T- 511 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes.

#### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

- Sala de Casación Civil. En septiembre de 1947.
- Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de noviembre de 2009.
- Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre de 1970.
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 08 de mayo de 1974.
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 1980.
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 2002.
- Sala de Casación Civil. Sentencia Exp. 3972 del 19 de Octubre de 1994.
- Sala de Casación Civil. Sentencia Exp. 6688 del 17 de marzo de 2003.
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2011.
- Sentencia de Expediente 3972. 19 de Octubre de 1994.
- Sentencia de Expediente 5670. 02 de febrero de 2001.
- Sentencia de Expediente 11001-3103-012-1999-01957-01. 30 de agosto de 2011.

FRANCIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo Terrier. París: 06 de febrero de 1903.

#### **NORMATIVA**

##### **COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.**

- Constitución Política. Bogotá: 4 de Julio de 1991.
- Gaceta de la Asamblea. Bogotá: Imprenta Nacional, 1991.

COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO. CRA 151 de 2001.Regulación integral de los

servicios públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo.. Bogotá: 25 de mayo de 2006.

#### COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

- Ley 113. Sobre el estudio técnico y aprovechamiento de corrientes y caídas de agua. Bogotá: 15 de noviembre de 1928.
- Ley 1341. Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 30 de julio de 2009.
- Ley 142. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 11 de Julio de 1994.
- Ley 1480. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 12 de Octubre de 2011.
- Ley 143. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. Bogotá: 11 de julio de 1994.
- Ley 689. Por la cual se modifica parcialmente la ley 142 de 1994. Bogotá: 31 de agosto de 2001.
- Ley 21. Bogotá: 1920.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.
- Ley 628 de 2000. Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31° de diciembre de 2001.
- Ley 286 de julio 03 de 1996, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 549 de 2007, en relación con la contribución de solidaridad en la autogeneración. Por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994 y la Ley 223 de 1995. Ley 632 de 29 de diciembre de 2000, Reglamentada por el Decreto Nacional 847 de 2001, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 549 de 2007 en relación con la contribución de solidaridad en la autogeneración por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142, 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996.
- Ley 1117 de 27 de diciembre de 2006: Por la cual se expiden normas sobre normalización de redes eléctricas y de subsidios para estratos 1 y 2.

- Ley 1369 de 30 de diciembre de 2009. Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones dentro de las cuales se contienen aquellas de la competencia en este tema de la CRC.
- Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.
- Ley 80 de 1993. Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, Modificada por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

#### COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

- Decreto 1842. Por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá: 1991.
- Decreto 410. Por el cual se expide el Código del Comercio. Bogotá: 27 de marzo de 1971.
- Decreto 753. Por el cual se reemplaza el artículo 430 del Código sustantivo del trabajo. Bogotá: 25 de abril 1956.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, con orden de publicación en la primera edición del Boletín Oficial Federal, con fecha 23 de mayo de 1949.

#### WEBGRAFIA

AGUILERA, Rafael y ESPINO, Diana. Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado Social. En: Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política. n° 12 (julio, 2010). México. Disponible en: [<http://universitas.idhbc.es/n12/12-05.pdf>]. p.54.

COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTADISTICA. Boletín de Prensa. 17 de Abril de 2012. Disponible en: <http://www.dane.go>

v.co/files/investigaciones/condiciones\_vida/calidad\_vida/Boletin\_Prensa\_ECV\_2011.pdf

[http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1aed427ff782911965256751001e9e55/c2f46b76d650b2770525785a007a760d/\\$FILE/Estructura%20organizacional%20de%20la%20CREG%20y%20estructura%20de%20procesos.pdf](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1aed427ff782911965256751001e9e55/c2f46b76d650b2770525785a007a760d/$FILE/Estructura%20organizacional%20de%20la%20CREG%20y%20estructura%20de%20procesos.pdf)

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/9.pdf>. El Servicio Público.

[http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones\\_vida/calidad\\_vida/Boletin\\_Prensa\\_ECV\\_2011.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/calidad_vida/Boletin_Prensa_ECV_2011.pdf).

<http://tramitesccu.cra.gov.co/normatividad/busquedaResoluciones.aspx>

<http://www.crcom.gov.co/index.php>. Ley 1341 de 2009

MANTILLA, Andry. Derecho Administrativo y Servicio Público. Trazos Inconclusos desde una Perspectiva Histórica. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

OLANO García, Hernán Alejandro. Las Comisiones de Regulación. Revista Jurídica Piélagus. Universidad de la Sabana, Colombia. p, 27. <http://www.revistapielagus.com/articulos/04.-las-comisiones-de-reg.pdf>

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI "CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO". Disponible en: [http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista\\_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/](http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/) E-MAIL: [revistainveniendi@correo.usta.edu.co](mailto:revistainveniendi@correo.usta.edu.co). Responsabilidad Internacional Del Estado Colombiano En El Caso De La "Masacre De Mapiripán.