

# TEORÍA DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, CASO DE ESTUDIO DEL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.

---

theory of the flight of administrative law, case study of the uniform conditions contract of public service companies.

*Autores: Luisa Fernanda Ardila Toro<sup>1</sup>; Galeano Pardo Erika Viviana<sup>2</sup>*

*Recepción artículo \_\_\_\_\_ . Aceptación artículo \_\_\_\_\_ . Publicación artículo \_\_\_\_\_ .*

## **Resumen:**

En el presente artículo se hace una síntesis de los resultados obtenidos de la investigación realizada sobre el caso de la huida del derecho administrativo del contrato de condiciones uniformes, el cual buscó en su objetivo general establecer si el contrato de condiciones uniformes es un caso más de la llamada teoría de la huida del derecho administrativo, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, sus características sustanciales y procesales, y su control jurisdiccional, para lo cual se formuló la siguiente pregunta problema ¿Es el Contrato de Condiciones Uniformes, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, sus características sustanciales y procesales, y su control jurisdiccional, un caso más de la llamada teoría de la huida del derecho administrativo? En el desarrollo de la propuesta se utilizó un método de carácter jurídico, pues además de eso es de análisis respecto al ordenamiento jurídico, principalmente de la Constitución y la Ley 142 de 1994, la técnica de recolección de

---

<sup>1</sup> Abogada, Universidad Libre seccional Socorro; candidata a especialista en derecho administrativo, Universidad Libre seccional Socorro.

<sup>2</sup> Abogada, Universidad Libre seccional Socorro; candidata a especialista en derecho administrativo, Universidad Libre seccional Socorro.

información que se utilizó es documental, principalmente revisión de norma, Constitución y jurisprudencia.

**Palabras clave:** Contrato, Teoría, Norma, empresa, derecho público.

### **Abstract**

In this article a synthesis of the results obtained from the investigation carried out on the case of the ~~flight from the administrative law of the uniform conditions contract is made, which sought in its~~ general objective to establish whether the uniform conditions contract is one more case of the so-called theory of flight from administrative law, taking into account its legal nature, its substantial and procedural characteristics, and its jurisdictional control, for which the following problem question was formulated: Is the Contract of Uniform Conditions, taking into account its nature legal, its substantial and procedural characteristics, and its jurisdictional control, another case of the so-called theory of flight from administrative law? In the development of the proposal, a legal method was used, since in addition to that it is an analysis with respect to the legal system, mainly the Constitution and Law 142 of 1994, the information gathering technique used is documentary, mainly revision of the norm, constitution and jurisprudence.

Key Words: Contract, Theory, Standard, company, public law.

## INTRODUCCIÓN

La teoría de la huida del derecho administrativo busca establecer que cada día más en la evolución del derecho administrativo, este va adoptando y usando instituciones del derecho privado para la participación en la actividad económica, por lo cual muchos consideran que se está perdiendo la naturaleza jurídica de este. Es así como se vuelve importante analizar el caso del Contrato de Condiciones Uniformes, (en adelante CCU) un tipo de contrato de carácter privado que celebran las empresas de servicios públicos que se rigen por las normas de derecho público, con los usuarios, para así lograr establecer si el CCU es un caso más de la llamada teoría de la huida del derecho administrativo, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, sus características sustanciales y procesales, y su control jurisdiccional.

Con base en lo anterior, se da respuesta a la siguiente pregunta problema, ¿Es el CCU, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, sus características sustanciales y procesales, y su control jurisdiccional, un caso más de la llamada teoría de la huida del derecho administrativo? Pues como de sienta se señaló en el inicio, este tipo de contrato a pesar de ser usado por entidades que se rigen por el derecho público es un contrato que tiene características de un negocio jurídico privado, por lo que estaríamos hablando de un caso más de esta teoría que señala que el derecho administrativo ya no está utilizando sus instituciones jurídicas en el ejercicio de sus funciones, si no las del derecho privado.

Para el desarrollo del artículo, primero se analiza la teoría de la huida del derecho administrativo en Colombia, a partir de las posturas de sus principales teóricos y si existe alguna regulación normativa o jurisprudencial al respecto. Luego se determinará los fundamentos teóricos y normativos del CCU en Colombia, además de sus diferencias y similitudes existentes con los contratos estatales y los de carácter privado. Para por ultimo Identificar si la función del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos domiciliarios a través del CCU se puede considerar como huida del derecho administrativo.

## METODOLOGIA

La estrategia metodológica utilizada para desarrollar el estudio de investigación es cualitativa, porque se describen características teóricas, sustanciales y procesales del objeto

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

de estudio; así mismo es inductivo, pues de algunas ideas particulares se llega a una general que buscará establecer si el CCU es un caso más de la teoría de la huida del derecho administrativo. También es de análisis y síntesis pues el trabajo principal de investigación está encaminado precisamente al estudio de la constitución, la norma, la jurisprudencia y la doctrina para lograr descomponer esto en las partes que sirven para el objeto de estudio y luego a través de la síntesis unirlos para llegar a los resultados.

Tiene un enfoque de carácter jurídico pues el estudio que se realizó es con respecto al análisis del ordenamiento jurídico principalmente de la Constitución política y de la Ley 142 de 1994 y de las demás normas que en la investigación se encontraron, así como también de la jurisprudencia relativa al caso. De igual forma, se hace un estudio de doctrina relativa al Contrato de Condiciones Uniformes y a la teoría de la huida del derecho administrativo.

Es una investigación de tipo explicativa, pues busca establecer las características teóricas, sustanciales y procesales del CCU para responder si este es un caso más de la teoría de la huida del derecho administrativo y en qué condiciones y por qué se da este fenómeno. La técnica para la recolección de información es Documental, principalmente revisión de norma, Constitución y jurisprudencia, de igual forma libros y artículos donde se haya tratado el tema central y también sobre la teoría de la huida del derecho.

## RESULTADOS

### **Teoría de la Huida y Vigencia del Derecho Administrativo**

El derecho administrativo o derecho público, tal como lo conocemos hoy, tiene su origen y nacimiento en Francia, a finales del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX con la llegada de la revolución francesa y la consolidación del Estado moderno. *“Tanto la administración pública como el derecho administrativo son fenómenos que encuentran sus formas y contenidos en la dialéctica misma de las instituciones, producidas como consecuencia de la formación y consolidación del Estado.”* (Santofimio Gamboa, 2017)

La revolución francesa, además de dar un salto a la consolidación y formación del derecho administrativo moderno, otro de los avances significativos que tuvo fue la creación del derecho constitucional y el Estado de Derecho con la promulgación de la declaración

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

universal de los derechos del ciudadano, aunque este sistema ya había tenido un antecedente con la promulgación de la Constitución de Filadelfia de los Estados Unidos. Así, estas instituciones “*generaron un evidente y necesario sometimiento de los poderes al derecho, en lo que modernamente denominamos Estado Constitucional, emanando de esa novedosa estructura la administración pública, y su régimen jurídico, esto es, el conocido en la evolución de los últimos años como derecho administrativo*” (Santofimio Gamboa, 2017) y que vendría a tener gran importancia como régimen jurídico regulador de toda la actividad del Estado, dejando de lado el Estado absolutista donde el poder recaía en el Rey.

En Colombia, este mismo derecho constitucional y administrativo moderno, y el Estado de Derecho, llegan gracias a la influencia francesa. Más adelante, y a consecuencia de los desastres humanos provocados por las dos guerras mundiales del siglo XX, se vio la necesidad de evolucionar ese Estado de Derecho “*cuyo sustento se funda en la división de poderes y en la defensa de los derechos del hombre*” (Gil Rendón , 2011) estableciéndose en la primacía de la Ley, por el Estado Social y Democrático de Derecho que “*tiene como base la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*” (Gil Rendón , 2011) y la defensa y materialización de esos derechos a través de la primacía de la norma constitucional.

De esta forma nace la teoría del neoconstitucionalismo que en términos generales alude a un nuevo “*Constitucionalismo, o bien a una opción diferente para el “Estado de Derecho”, donde impera un concepto distinto acerca del “Derecho”; lo cual implica una novedosa y distinta “Teoría del Derecho”, en cuyo significado prevalece o tiene El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales primacía la fuente del derecho que rige todas normas jurídicas: “La Constitución”*”. (Gil Rendón , 2011)

Bajo esa nueva idea de constitucionalismo, es que el derecho público también evoluciona y de acuerdo con los fines esenciales encargados al Estado en primacía de los derechos sociales, surge la nueva teoría del Estado mínimo o subsidiario, que sustituye la teoría del Estado benefactor o interventor, donde este es el que suple todas las necesidades básicas insatisfechas y la prestación de servicios públicos, para ahora estas funciones entregárselas a terceros para que sean estos los prestadores de dichos servicios bajo el estricto control e intervención del Estado, quien limita “*las funciones de la administración, a través de la*

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

*desregulación, desmonopolización y privatización de actividades, en la supuesta búsqueda de una mayor racionalidad en la administración del gasto público y de un correlativo aumento de la gestión privada en asuntos y actividades que antes eran marcadamente públicos (...), para ello, supuestamente el Estado sólo debería ocuparse de actividades tradicionales como el cuidado de las fronteras, el orden público interno, la seguridad, la administración de justicia y el recaudo de impuestos.”* (Suarez Tamayo, 2017)

Estas modalidades se caracterizan por la promoción de la iniciativa privada y la libre competencia, donde el Estado solo se encarga de vigilar y controlar la eficiente prestación de esos servicios pasando así del “*Estado-prestador a un Estado-regulador-controlador, sancionador, y subsidiario de la gestión privada.*” (Suarez Tamayo, 2017) Esto dependiendo en parte también a factores externos como la globalización y las nuevas políticas económicas neoliberales, por lo que da a entender que se está mutando la labor y gestión del Estado, es decir el derecho administrativo a instituciones del derecho privado.

El derecho administrativo, como parte de una de las funciones del Estado en armonía con todas sus atribuciones y que como vemos en colaboración de particulares para el cumplimiento de esas funciones “*se traducen en el ejercicio o acción finalística y material de atribuciones tendientes a la satisfacción de los intereses públicos y generales.*” (Santofimio Gamboa, 2017) Históricamente la administración pública en ese contexto del modelo intervencionista y con el objetivo de cumplir las funciones esenciales “*se ha caracterizado por la utilización de instituciones jurídicas propias del derecho privado, evadiendo, en muchos casos, los rigores inherentes al principio de legalidad al que está sujeta.*” (Batalla Moreno & Bravo Vesga, 2010)

Esta situación actual del Estado se da por las múltiples funciones que hoy tiene. En la necesidad de cumplir con todos esos fines constitucionalmente asignados, “*gestiona la organización de medios personales y materiales cuya actuación concreta resulta necesaria para alcanzar la satisfacción de los intereses públicos y las necesidades colectivas de los ciudadanos*” (García de Enterría, 2008), ello a través del uso de instituciones del derecho privado. Esta nueva forma de actuar por parte de la administración ha sido llamada por la doctrina como huida del derecho administrativo en la que “*la Administración, en su anhelo*

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

*de adoptar formas cada vez más ágiles y eficientes, terminó otorgando autonomía a sus tradicionales entes instrumentales mediante la, cada vez más frecuente, conversión de entidades con personería jurídica en organismos independientes y sometidos a la normativa privada” (Batalla Moreno & Bravo Vesga, 2010), esto con fundamento en el artículo 103 constitucional que señala que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”*

Para ello, usa instituciones corporativas o societarias que generalmente son más eficientes en el derecho privado y que aseguran mejor calidad, principalmente para la prestación de servicios básicos esenciales. Así, el Estado previa autorización legislativa, crea empresas públicas que somete al régimen del derecho privado, esto con el fin de que, con el paso del tiempo, se de senda a la privatización.

Esta teoría se presenta debido a la preocupación de los estudiosos y doctrinantes del derecho administrativo, quienes le reclaman al Estado que en el desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus fines, se utilicen los dogmas, principios y normas tradicionales del derecho administrativo, pues consideran que no es constitucionalmente admisible *“la huida de las instituciones públicas de las reglas propias del derecho administrativo (principios, presupuesto, régimen de personal al servicio, contratación, responsabilidad, contabilidad) y de sus controles, ni su transformación en sociedades reguladas por el derecho mercantil toda vez que no están suficientemente claros y expuestos los criterios de oportunidad por los que se sustituye el régimen de derecho público, que quedan absorbidos en la vaga referencia al mito de la eficacia” (Batalla Moreno & Bravo Vesga, 2010)*

Para delimitar correctamente la teoría es preciso definir estos dos subsistemas del derecho como ordenes jurídicos totalmente contrapuestos. La principal diferencia es la noción histórica que se tienen, por un lado, el derecho civil nace en la antigua Roma y se ha venido perfeccionando con el paso de los años, pero con muy pocos matices, por el otro, tenemos el derecho público administrativo, que, con algunos antecedentes importantes, tal y como lo conocemos hoy, nace en Francia más de dieciocho siglos después. Por su parte, este

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

subsistema “*surge de la mano de categorías tales como soberanía, separación de poderes, principio de legalidad, declaración de Derechos; y posteriormente se alimentará de otras como: interés general, servicio público, potestades (puissance publique), controles, responsabilidad, aplicación de ciertos principios, trámites y procedimientos.*” (Suarez Tamayo, 2017) además de la consolidación de una jurisdicción totalmente aparte de la ordinaria que juzga la actuación de la administración pública.

A pesar de lo anterior, el derecho privado, se refiere a todas aquellas normas que no pertenecen al derecho público, por lo que lo hace un régimen de carácter residual, en ese sentido, muchos autores han coincidido en aceptar que una de las diferencias entre estas dos categorías de derecho se da con el tipo de relaciones jurídicas que se presentan en estos, pues existen “*aquellas que tienen lugar entre personas jurídicas ubicadas en un plano de igualdad, y aquellas que, por el contrario, surgen entre personas jurídicas supraordenadas, y correlativamente subordinadas*” (Suarez Tamayo, 2017) así las primeras harían parte del derecho privado y las segundas del derecho público, donde los administrados son subordinados a las decisiones del Estado.

Además, otra de las diferencias se presenta con respecto a la relación jurídica, pues el “*fin primordial del Derecho administrativo, es regular el interés general y la satisfacción de necesidades colectivas; en cambio, el fin del Derecho privado estaría en regular la actividad económica, empresarial, que se caracteriza por el ánimo de lucro, la utilidad, la ganancia y la rentabilidad.*” (Suarez Tamayo, 2017)

Esta teoría, a pesar de ser estudiada recientemente, ya es de vieja data “*pues su utilización se remonta al año de 1928, cuando según Mir Puigpelat y Laguna de Paz, fue utilizada por el profesor suizo Fritz Fleiner*” (Suarez Tamayo, 2017), otro de los antecedentes los muestra el profesor García de Enterría y Fernández Rodríguez, quienes en su curso de derecho administrativo señalaron que “*existe un supuesto específico en el cual la huida del Derecho administrativo general puede justificarse parcialmente: el caso de las empresas públicas que actúan en el tráfico sometidas a un régimen mercantil al nivel de las empresas comerciales privadas*” (García de Enterría & Fernández Rodríguez, 1974) por lo que es evidente la

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

preocupación desde hace años por parte de los tratadistas, que inicia con el surgimiento de las empresas públicas regidas por normas del derecho privado.

Sin embargo y como ya se mencionó, con la globalización y una economía de mercado neoliberal, en muchos países se ha materializado esta teoría que se entiende en términos generales, que busca someter a la administración pública o a algunas de sus funciones al subsistema del derecho privado, como las sociedades o corporaciones que prestan los servicios que le corresponden al Estado. “Se trata de escapar de todo un Ordenamiento, en concreto, huir de la legislación de Contratos del Estado, del Ordenamiento jurídico en materia de selección, promoción y control del personal, enajenación de bienes, creación de sociedades filiales o cambio de participaciones con empresas en competencia y, en general, a la evolución con plenitud de flexibilidad en un mercado competitivo cada vez mayor” (Suarez Tamayo, 2017) lo que se materializa acabando con los monopolios del Estado.

Otra de las manifestaciones de la huida del derecho administrativo, es la cada vez mayor tendencia que tienen las entidades públicas de contratar personal a través del contrato de prestación de servicios profesionales, lo cual lo desliga tajantemente de una relación laboral con el Estado, utilizando un contrato del derecho privado

Aun así, en Colombia, es muy difícil establecer que se haya materializado en su totalidad esta teoría, pues a pesar de que se presentan varias expresiones de ella, aún persiste el papel de control y vigilancia a través de la intervención por parte del Estado en todas aquellas actividades que dejó su monopolio a terceras personas, “*puesto que la actividad de la Administración crece cada día más en su vertiente de policía en el sentido más tradicional del término, es decir, la actividad de limitación y la actividad sancionadora*” (Suarez Tamayo, 2017)

### **El Contrato de Condiciones Uniformes en Colombia**

Teniendo en cuenta que, a partir de 1991, con la expedición de una nueva Constitución Política de corte más social y liberal, se estableció en ella que el monopolio de los servicios públicos domiciliarios que anterior a esta estaba en cabeza del Estado, debía ser abolido y que en su lugar para la prestación pueden concurrir no solo el Estado sino también los

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

particulares en un escenario de libre competencia. de manera concreta el artículo 365 nos habla de los servicios públicos domiciliarios señalando que estos son inherentes a las funciones esenciales del Estado, siendo este el encargado de velar por la eficiente prestación a todos los habitantes del territorio nacional teniendo el control y la vigilancia de estos. Señala además que *“podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.”*

Señala además el artículo 367 constitucional que *“la Ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación”* además del régimen tarifario y señalando que este será regulado por un régimen jurídico especial que fije una Ley de intervención económica<sup>3</sup>.

Con base en lo anterior es que se promulga la Ley 142 de 1994, que regula los servicios públicos domiciliarios en Colombia enfocado a ese nuevo modelo económico liberal. En su artículo 132, se establece la figura del CCU, y que este tipo de contrato solo aplica a aquellas relaciones jurídicas que se presentan entre las empresas prestadoras de servicios públicos, ya sean públicas, privadas o mixtas, y los usuarios, dice que el CCU se rige, además de las disposiciones contractuales, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios y por aquellas que de manera uniforme establezcan las empresas de servicios públicos domiciliarios, de igual manera, por las normas del Código de Comercio y del Código Civil. *“De modo que el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, contenido en el citado Título VIII de la Ley 142 (arts. 128 a 159), se aplica de manera preferente y sólo en subsidio habrá de recurrirse a otro tipo de normativas.”* (CCU, 2011)

El origen del derecho administrativo, como orden jurídico, nace en Francia y en gran parte lo hace con base en las normas del derecho civil, por lo que todo contrato, ya sea de carácter público o privado, tienen las mismas características en su formación. La naturaleza jurídica del CCU, es la de *“un contrato uniforme y consensual, el cual es elaborado por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, bajo una forma que contiene una serie de*

---

<sup>3</sup> Artículo 150, numeral 21, corresponde al congreso (...) expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 134, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

*estipulaciones y elementos que regulan y estructuran las condiciones previas en las que se va a suministrar el servicio de manera permanente a todos los usuarios.” (Fandiño Sierra , 2013) concretamente la Ley 142 lo definió como “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”*

De acuerdo con el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, este contrato es establecido únicamente por la empresa prestadora de los servicios públicos, para que de manera “Uniforme” sea aplicado a todos los usuarios que se adhieran a este, sin perjuicio de las disposiciones especiales que se lleguen a pactar en beneficio con otros usuarios. Podríamos señalar que es un contrato de tracto sucesivo, pues no se ejecuta instantáneamente sino con el paso del tiempo, típico por estar regulado por la Ley, también debe constar por escrito y en este se encuentra determinado el objeto a contratar.

Este es un contrato de carácter oneroso, por lo que a su vez lo convierte en bilateral al generar obligaciones a las dos partes, la empresa de servicios públicos a prestar eficientemente el servicio ofertado, y los usuarios determinados individualmente a pagar por ese servicio. “Los servicios públicos domiciliarios se rigen por el principio de onerosidad, lo que implica que los usuarios deben pagar por el servicio prestado, cumpliendo así el deber constitucional de contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado y con la satisfacción de sus propias necesidades.” (Principio de Onerosidad, 2008)

Es un contrato principal, pues para que exista no requiere de otro para predicar su existencia siendo autónomo e independiente, por lo que nada tiene que ver que las personas que habitan el inmueble matriculado con el servicio tengan derecho real, sean poseedores o tenedores, pues no influye en el CCU “el hecho de que el inmueble sobre el que se presta el servicio se encuentre en arriendo, o tenga algún gravamen hipotecario. Igualmente, hay que agregar que tampoco importa si la calidad del usuario o suscriptor frente al inmueble en el que habita, ya que puede tratarse de un poseedor, usufructuario, arrendatario, propietario.” (Fandiño Sierra , 2013)

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

Es de resaltar, que este contrato como se señaló anteriormente se genera en un ambiente de mercado, de oferta y demanda y en escenarios de libre competencia, por lo que los usuarios eligen la empresa y se adhieren directamente al contrato establecido por esta y luego de constar por escrito y con la manifestación de las voluntades se empieza a ejecutar. Al respecto el artículo 129 de la Ley 142 señala con respecto a la existencia de este, que se da cuando *“la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa.”*

Con lo anterior, podemos atrevernos a establecer que este contrato por las particularidades descritas es de carácter civil, pues a pesar de que las empresas prestadoras de servicios públicos en algunos casos son públicas, en otros son de carácter privado, por lo que la relación jurídica que nace entre las partes contratantes es entre particular y particular, persona natural y jurídica o jurídica y jurídica, siendo esta una de las principales características de los contratos civiles. Sin embargo, el CCU tiene unas características particulares que lo hacen excepcional y lo diferencian de este tipo de contratos civiles y comerciales.

A pesar de regirse por una norma diferente y en subsidio por las normas civiles y comerciales, de no contar con las características propias de contratación de la Ley 80 de 1993, como lo es no contener las cláusulas excepcionales de los contratos estatales prescritas en el numeral 2 del artículo 14 y siguientes, no tener registro de proponentes y por ende no ser regulados por Colombia Compra Eficiente y el Secop II, no estar regido por el principio de Transparencia del artículo 24, relativo a que la escogencia del contratista se hará a través de licitación, concurso público o contratar directamente según sea el caso, entre otras características. Este contrato también se rige por las normas de derecho público pues en este contrato de acuerdo con la Ley 142 de 1994 el Estado a través de una entidad, es el encargo del control y vigilancia de la prestación del servicio, además de intervenir directamente en las condiciones del contrato, lo que implica que este se rige también por las normas del derecho público administrativo.

*“Esto quiere decir que el Estado es quien se encarga por velar que se cumpla esta prestación a todo el territorio nacional de manera prioritaria y que en caso de no*

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

*cumplirse por determinada razón, se puede hacer uso de diferentes medios para salvaguardar este derecho al agua, como lo es por medio de vía Tutela, Derecho de Petición, entre otros medios de solución de controversias en donde más que entrar a analizar o debatir una falta en las obligaciones de pago, se pondera el derecho al mínimo vital de las personas en relación al uso del agua.” (Fandiño Sierra , 2013)*

Como este es un servicio esencial del Estado, es él quien debe velar por su correcta prestación, por hacer parte de sus fines esenciales y al ser una carga social impuesta, los servicios públicos domiciliarios *“son inherentes a su finalidad porque son los medios para asegurar el goce de los derechos y las garantías fundamentales de las personas y 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, la Ley y el Reglamento.”* (Comisión de Regulación de Energía y Gas, 2011) el simple hecho de que el Estado intervenga en un contrato, directamente lo configura en un contrato de carácter público.

Una de las características que lo hacen diferente a los privados es el hecho de ser de adhesión, pues en esta la autonomía de la voluntad contractual es condicionada, ya que las cláusulas, condiciones uniformes, *“no quedan a la libre definición por parte del operador, pues como bien señaló la Corte Constitucional en la ratio decidendi de la providencia de constitucionalidad que estudió los citados artículos 128 y 129 de la Ley 142, el Estado (legislador y regulador económico) suple en buena parte la voluntad de las partes (empresa-usuario) en orden a restablecer el equilibrio contractual que podría verse amenazado por la posición dominante del prestador.”* (CCU, 2011)

En ese sentido, la Corte Constitucional señala con respecto a los contratos por adhesión, que *“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*

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

*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.*” (Equilibrio Contractual, 2000). Esto teniendo en cuenta el principio de igualdad entre las partes que debe imperar en la celebración de un contrato, lo que no ocurre en los contratos del Estado y en el CCU.

En un pronunciamiento anterior la Corte señaló con relación a este punto que *“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, 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”* (Equilibrio Económico , 1997)

Aunado a lo anterior es preciso destacar otra característica que lo hace diferente y que también tiene que ver con el equilibrio contractual, y es que en este caso, el oferente o la empresa prestadora, no tiene libertad de imponerle valor al servicio prestado pues *“las tarifas de los servicios públicos domiciliarios son reguladas por el Estado, a través de las Comisiones de Regulación, estableciendo para los prestadores de los servicios, los regímenes de regulación de libertad regulada, libertad vigilada o un régimen de libertad de acuerdo a la Ley”* (Comisión de Regulación de Energía y Gas, 2011)

Además de no encontrarse expresamente en la Ley 142 la estipulación de las cláusulas excepcionales, la Corte Constitucional al hacer el estudio de constitucionalidad de esta Ley encontró que en esta existe *“una serie de derechos y prerrogativas de autoridad pública, esto es propias del poder público, que se reconocen a todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, como la potestad de ejercer la autotutela al permitírsele definir - como lo hacen las autoridades administrativas- unilateralmente, mediante actos administrativos, controversias sobre el contrato de condiciones uniformes. Frente a los cuales, advirtió el juez constitucional, la Superintendencia ejerce un control de legalidad”*

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

(CCU, 2011) a pesar de que los servicios públicos no implican una de las facetas en las que se manifiesta la administración pública.

De acuerdo con esto, es importante resaltar el llamado principio de autotutela de la administración en el que la entidad pública tiene para sí misma la capacidad de tutelar sus propias situaciones jurídicas, por lo que puede tomar decisiones ejecutorias mediante acto administrativo que revisten de presunción de legalidad y ejecutividad, por lo que la Ley le concedió también a las empresas prestadoras de servicios públicos privilegios propios de autotutela como los relacionados con los “*actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación del servicio. (...) Así las cosas, la Ley 142 dotó de una serie de derechos y prerrogativas de autoridad pública a las empresas de servicios públicos domiciliarios, dentro de las cuales ocupa especial relevancia la potestad de autotutela propia de las autoridades administrativas, al revestirlas de la facultad de decidir ciertas controversias que se susciten con ocasión de la prestación del servicio o la ejecución del contrato y de resolver, asimismo, los recursos que contra dichas decisiones interpongan los usuarios.*” (CCU, 2011)

Además de lo anterior, según el artículo 152 de la Ley 142, establece que los usuarios o suscriptores del servicio pueden interponer derechos de petición y queja relativos al CCU, los cuales deben ser resueltos a través de acto administrativo como si fuera una entidad pública, por lo que se presumen legalmente emitidos y de los cuales se pueden recurrir a través de reposición y apelación, lo que podemos entender como agotar la actuación administrativa establecida en el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011. Al respecto, el artículo 154 establece que el recurso es “*un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato*” que deberá ser interpuesto dentro del término perentorio de cinco días.

El recurso de reposición se interpone ante la empresa y el de apelación lo resuelve la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios. Así mismo, el artículo 159 *ibidem* pone señala “*que la notificación sobre la decisión de un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo, (Hoy CPACA) que el recurso de apelación ante la Superintendencia sólo se puede interponer como*

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

*subsidiario del recurso de reposición ante la Empresa y que una vez presentado se le dará el trámite establecido en el citado Código.” (CCU, 2011)*

Ahora bien, al tener que agotar la actuación administrativa para poder acudir a la jurisdicción para dirimir las controversias que se susciten en la ejecución del contrato, es importante resaltar que esto es de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de la acción de grupo, pues como los CCU son *“sometidos predominantemente al derecho público, son ventilables sus conflictos ante la jurisdicción administrativa, como sucede también con aquéllos que posean cláusulas exorbitantes”* (Jurisdicción Administrativa, 1997)

La procedencia de la acción de grupo se da de forma diferente a la del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pues por su naturaleza de colectivo no se exige la previa discusión individual de los derechos por cada uno de los miembros del grupo en sede de la empresa. (Acción de Grupo, 2007) Sino que se puede acudir directamente a la jurisdicción, lo que no impide tampoco que el usuario quiera resolverlas de forma individual.

Respecto a lo resuelto por la empresa prestadora de servicios, en respuesta ante los derechos de petición, queja y la resolución de los recursos interpuestos contra esas decisiones respecto a los actos que las empresas adoptan en ejercicio de su autotutela, y las decisiones de la superintendencia de servicios públicos domiciliarios, el Consejo de Estado señala que ante esto, es procedente acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo *“mediante interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los respectivos actos administrativos que expida tanto la empresa como la Superintendencia con ocasión del contrato de condiciones uniformes. No obstante lo anterior, el hecho de que el legislador, en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 150-23, 365, 367 y 369 superiores haya fijado dentro del régimen jurídico aplicable y al hacerlo haya establecido una serie de prerrogativas relacionadas con la ejecución del contrato (entre ellas las de suspensión, terminación y facturación) lo mismo que una sede administrativa para debatirlas, no cierra la puerta a la posibilidad de concurrir ante los jueces, bajo un medio de control distinto al del contencioso subjetivo de anulación (art. 85 del CCA). Dicho de otra manera, la existencia de un control gubernativo sobre los actos administrativos no impide acudir directamente al*

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

*control judicial, mediante las acciones establecidas para los grupos o colectivos, acciones en las cuales precisamente por su naturaleza de colectivas no se exige la previa discusión individual de los derechos por cada uno de los miembros del grupo en sede de la empresa. Y ello es así porque la protección colectiva no excluye la posibilidad del control gubernativo y judicial individual.* “ (CCU, 2011)

Además, de lo anterior, el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006 que derogó el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, señaló que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de las controversias originadas en la actividad de las entidades públicas (empresas públicas), incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de distintos órganos del Estado (empresa privada). En igual sentido lo hace el CPACA al establecer en su artículo 104 que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias que surjan de los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, como lo es la prestación de servicios públicos domiciliarios, lo cual hace de forma más expresa en el numeral 2 de dicho artículo, al decir que conoce de los contratos cualquiera que sea su régimen, como el de la Ley 142, en los que sea parte una entidad pública, o un particular en ejercicio de funciones del Estado.

Otra de las características que hace que este contrato sea de derecho público es la subsidiariedad de la norma civil, pues tal como lo dispone el artículo 132 de la Ley 142, estos contratos se rigen “*por lo dispuesto en esta Ley*” es decir lo establecido en el título VIII de la citada norma, al ser una Ley de intervención económica por parte del Estado como lo señala el artículo 150 Numeral 21 de la Carta Política.

Así mismo, en igual sentido lo establece el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que prescribe, “*los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley*” lo que hace inferir, que a pesar de que establece en iguales condiciones lo relativo a la normatividad aplicable de los contratos la Ley 80, no implica que por este hecho, estos contratos sean de carácter privado, sino que por el contrario

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

se apoya en el derecho civil para su formación pero no los regula, por lo que el CCU, se convierte en una especie más de los contratos estatales, pero no hace parte de la Ley 80, pues tienen un régimen especial.

En síntesis, el Consejo de Estado en lo que toca a este punto concluyó:

*“a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios 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 puedan 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 (art 154 inc 1º). 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 regulados en los arts. 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 (art. 31 inc 2º), 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 arts 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 art 39 de la mencionada Ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el art 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.”* (Jurisdicción Administrativa, 1997)

Respecto a esos actos y contratos privados que se señalan, se hace referencia a aquellos establecidos en el artículo 32 de la Ley 142 “régimen de derecho privado para las empresas” únicamente se ocupa de los actos propios que desarrolla como empresa privada, como lo es su Constitución, los requeridos para su administración y nomina, o en lo que tiene que ver con los derechos de los socios.

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

En ese mismo sentido ha dicho la Corte Constitucional que *“el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, contenido en el citado Título VIII de la Ley 142 (arts. 128 a 159), se aplica de manera preferente y sólo en subsidio habrá de recurrirse a otro tipo de normativas. Con esta perspectiva, desde sus primeros pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación jurídica entre el usuario y la empresa de servicios públicos domiciliarios es en parte 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 excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la Ley”* (Acción de Grupo, 2007)

### **Intervención Económica del Estado en los Servicios Públicos Domiciliarios No Implica Huida del Derecho Administrativo.**

El modelo intervencionista del Estado en las actividades económicas fue un tema que en Colombia se elevó a rango constitucional en 1991 debido al establecimiento del Estado Social de Derecho, que procura por la protección del interés general sobre el particular y la garantía de las prerrogativas sociales, estableciéndose así la llamada “Constitución económica” por parte de la Corte Constitucional, en la que *“habilita al propio Estado para intervenir de manera directa e indirecta en la economía dentro de un “modelo social de mercado”* (Constitución Económica, 1999)

Esta función de intervención o de policía por parte del Estado en algunas actividades económicas, se da ante la incapacidad de cumplir con todas las funciones y fines que se establecieron a cargo del Estado, por lo que la Constitución en su artículo 334 y 333 habilitó en escenario de libre mercado y competencia, la participación de entidades de carácter privado para que suplan todas aquellas actividades que el Estado es incapaz de cumplir, sin desconocer que también pueden participar las empresas públicas o de economía mixta, pero siempre bajo su estricta vigilancia e intervención en esos sectores económicos.

En ese sentido *“son múltiples las herramientas jurídicas de las que dispone el Estado para realizar los objetivos fijados por la Constitución (...) admiten la libertad de formas, es decir, la utilización de diversas herramientas, tanto de derecho público como de derecho privado, para la gestión u organización de las actividades económicas (dentro de ciertos límites*

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

*impuestos por las mismas normas fundamentales a quienes tienen asignada la competencia de formulación de la política económica”* (Batalla Moreno & Bravo Vesga, 2010)

Entre esas herramientas que cuenta el Estado para intervenir en la economía del Estado, se encuentra el establecido en el artículo 2 constitucional que propugna por la prevalencia del interés general, la finalidad social del Estado y los servicios públicos que se encuentra en el artículo 365 de la Constitución. Esto se da con base en el modelo económico mercantilista, que habilita al Estado para que actúe en escenarios de derecho privado para que *“amolde su estructura y funcionamiento a la estructura y funcionamiento de las empresas privadas, equiparando al máximo su régimen jurídico al privado. Ello con el propósito de evitar cualquier brote de disparidad de trato entre el “Sector público” y el privado y de promover una actuación eficaz”* (Batalla Moreno & Bravo Vesga, 2010)

El tema de los servicios públicos domiciliarios, y en concreto el contrato de condiciones uniformes, es una de las expresiones en las cuales el Estado ha intervenido económicamente por ser esta una de sus funciones esenciales, y por tal, el Estado está en constante control y vigilancia de estas las empresas que los prestan a fin de garantizar la calidad de este.

Como se explicó, la teoría de la huida del derecho administrativo, implica una total ausencia del Estado en alguna de las actividades que a este le corresponde prestar, aunque es importante resaltar que en el caso de los servicios públicos, al ser prestados por entidades del régimen privado estamos ante la presencia de este fenómeno de forma atenuada, pues aún existe la intervención económica del Estado en este sector y existen empresas públicas y de economía mixta que también los prestan en escenarios de libre competencia. Además, existe *“una serie de asuntos, generales al sector de los servicios públicos domiciliarios, que pertenecen a la órbita exclusiva del Derecho público-administrativo. En efecto, la fijación de políticas sectoriales, regulación, régimen, metodologías y fórmulas tarifarias, inspección, control y vigilancia, manejo de subsidios y contribuciones, transferencias del Sistema General de Participaciones, el tema tributario, las relaciones empresa-usuario, la defensa y protección de los usuarios, son materias propias y sujetas al Derecho público-administrativo.”* (Suarez Tamayo, 2017)

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

Aunque varios autores en Colombia como Carlos Atehortúa, Alejandro Ordoñez Y Luis Ferney Moreno citados por Suárez Tamayo (2017) coinciden que el tema de los servicios públicos pertenece a un régimen mixto, combinado por el derecho privado y público, explicando además que el primero no desarrolla un papel predominante en la materia. Lo cierto es que con respecto concretamente al CCU, el hecho de que algunas empresas prestadoras de los servicios públicos sean de naturaleza privada, o que las públicas se rijan por este mismo sistema, no implica que aquel sea de naturaleza privada, por el hecho de que en su contenido se rijan cláusulas del derecho privado y no las típicas de los contratos de que trata la Ley 80 de 1993, pues aun estos adoptan instituciones del derecho privado en su formación. Pues como vimos estas empresas se rigen por lo privado en cuanto a su formación, pero respecto a sus actuaciones, que es tema del CCU, se rigen por el derecho público. Por lo que no se descarta que los servicios públicos domiciliarios si tengan un régimen mixto con predominio de lo público, pero en cuanto al CCU podemos descartarlo y afirmar que hace parte del derecho público pues se está hablando de una función del Estado.

## DISCUSIÓN

La teoría de la huida del derecho administrativo implica la total ausencia de instituciones de derecho público en funciones o actuaciones que son propias de la administración pública y que se adaptan a instituciones del régimen de derecho privado, por considerar que en este campo la prestación de estos se torna más eficiente. Al respecto la prestación de servicios públicos domiciliarios es una función esencial a cargo del Estado en cumplimiento de sus cargas sociales impuestas al configurarse como Estado Social de Derecho.

El cumplimiento de esta función a partir de la Constitución de 1991, fue en parte desligada de la actuación del Estado, expresión misma que hace parte del cambio de un Estado benefactor a un Estado minimalista, quien le entrega el desarrollo de esta función a terceros para que sean ellos quienes presten dichos servicios en escenarios de libre competencia y en una economía de mercado donde concurren empresas públicas, de economía mixta o privadas, siempre bajo el control, vigilancia e intervención del Estado.

La regulación de la prestación de los servicios públicos se da con la promulgación de la Ley 142 de 1994, donde el Estado interviene como Estado legislador y regulador al expedir una

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

Ley de intervención económica y reguladora del servicio, donde establece con base en las normas constitucionales que este interviene en el control y vigilancia de la prestación del servicio, en el ejercicio de la libre competencia entre las empresas publicas y las del sector privado, entre otros aspectos.

En ese sentido, en el contrato celebrado entre las empresas prestadoras del servicio, existe una posición dominante entre los sujetos contractuales, por lo que la empresa funciona en estos casos como una entidad administrativa y tiene todas las prerrogativas de autotutela, además de que el Estado en su función de intervención también regula a través de la Ley el contenido de dicho contrato y media como intermediario para controlar la posición dominante de la empresa y lograr el equilibrio contractual.

Las empresas de servicios públicos al tener atribuciones de autotutela en el desarrollo y ejecución de los CCU, pueden ejercer potestades con respecto a estos como si fueran entidades públicas y los usuarios por su parte para cualquier queja o reclamo en la prestación del servicio o por alguna decisión de la empresa tomada en su rol de autotutela, lo deben hacer a través de derecho de petición y agotar la actuación administrativa con la presentación de recursos para poder acudir a la jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Es claro además que el CCU, tiene una regulación amplia por parte del derecho público y una clara intervención del Estado en la ejecución del contrato, es decir en la prestación del servicio, por lo que existe una evidente subsidiariedad de la norma del derecho privado frente a la Ley 142, pues esta señala que la Ley será aplicable de forma preferente y la norma civil y comercial de forma subsidiaria, por lo que es de destacar que se está hablando de una norma de derecho público al igual que lo señala el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, donde para la regulación de esos contratos predomina aquella Ley y en forma subsidiaria la del régimen privado.

## CONCLUSIONES

1.- a pesar de que la teoría de la huida del derecho administrativo tiene un reciente desarrollo, es una teoría de vieja data, que se presenta por la preocupación de los doctrinantes del derecho

administrativo por la cada vez mayor y acentuada modalidad del Estado, de transferir sus funciones o actuaciones a instituciones del derecho privado, por lo que esta teoría implica el total desprendimiento, de normas, principios y procedimientos de derecho administrativo a actuaciones que son propias del Estado y que por tal debería aplicarlas y por el contrario utiliza los del derecho privado.

2.- El contrato de condiciones uniformes, regula la prestación de servicios públicos domiciliarios, una función que a través de la Constitución es encomendada al Estado para que este sea el prestador, pero la misma Constitución lo habilita para que a través de la desmonopolización de este sector económico, y por medio de una Ley de intervención económica, la función sea entregada a terceros, empresas públicas, de economía mixta o privadas, para que sean estos quienes a través de una economía de mercado y en escenarios de libre competencia sean los prestadores del servicio, al considerarse que habrá mas eficiencia, pero siempre bajo el control y vigilancia del Estado, pues es él, el encargado del cumplimiento de este fin.

3.- el CCU se rige por una norma especial, la Ley 142 de 1994, una norma de carácter público pues regula una prestación que esta a cargo del Estado y por tal sus características, configuración, formación, objeto, precio entre otras, son reguladas por este, además que en la ejecución de mismo, el Estado interviene para controlar y vigilar la prestación y para asegurar el equilibrio contractual, dado que la empresa tiene potestades de autotutela propias de las entidades públicas, por lo que en ese entendido puede tomar decisiones con respecto a la prestación del servicio, y los usuarios podrán reclamarlas agotando la actuación administrativa para poder acudir a la jurisdicción como si se tratara de una entidad pública.

4.- A pesar de que el Estado haya entregado el monopolio de la prestación de los servicios públicos a terceros que por lo general se regulan por normas del derecho privado, en lo que tiene que ver con los contratos que se desarrollan para regular la prestación del servicio, el CCU, este no tiene características del régimen del derecho privado, pues en su formación interviene el Estado, se encuentra regulado por una norma especial de carácter público y de intervención económica, la Ley 142 de 1994, la Constitución, los reglamentos y subsidiariamente, en casos excepcionales se aplican las normas del derecho civil y comercial,

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

en su ejecución la empresa actúa como si fuera una entidad pública teniendo potestades de autotutela propias de estas, lo cual también implica que la discusión del contrato y de las vicisitudes que se presenten en la ejecución de este, serán resueltas en vía administrativa, y en caso de una decisión desfavorable para el usuario, este puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para su resolución, por lo que se concluye que este no hace parte de la llamada teoría de la huida del derecho administrativo, a pesar de que los servicios públicos domiciliarios si tengan un régimen mixto, donde las empresas se regulan por el derecho privado, pero su actuación por el derecho público, como es el caso del CCU.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Fandiño S. K., (2013). *El Contrato a Condiciones Uniformes en los Servicios Públicos domiciliarios*. Editorial, Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá.

Batalla M. P., Bravo V., (2010) *El desarrollo de actividades empresariales por la Administración: La instrumentalización de las formas del derecho privado. Breves notas sobre la “huida del derecho administrativo” y las sociedades públicas en el sistema colombiano y español*. Revista IUSTITA, Universidad Santo Tomás Bucaramanga.

Santofimio G. J., (2017) *Compendio de Derecho Administrativo*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Comisión de Regulación de Energía y Gas. (2011) *Concepto 7100 de 2010*. Fuente: Archivo Interno de la Entidad Emisora. Recuperado de: <http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/0/8e3adcfdd5330e190525785a007a7872?OpenDocument#:~:text=La%20Ley%20142%20de%201994%20defini%C3%B3%20el%20contrato%20de%20condiciones,ofrecerlas%20a%20muchos%20usuarios%20no>

Gil R. R., (2011) *El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales*. Revista Quid Iuris volumen 12 N° 2. Biblioteca jurídica virtual, Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2011/vol12/2.pdf>

García. E., (2008). *Curso de Derecho Administrativo Volumen 1*. Editorial Civitas, Thomsom Reuters. Bogotá.

Apellidos, Iniciales. Apellidos, Iniciales., J. S. (2020) *La convergencia de intereses en la superación de la crisis post pandemia. a propósito de la teoría de Derrick Bell y la democracia colombiana*. Revista IUS-Praxis, p. 1 – 12.

Suarez T. D., (2007) vigencia o huida del derecho administrativo, el caso de los servicios públicos domiciliarios, Transformaciones-tendencias del Derecho Administrativo. Editorial Universidad de Antioquia.

Asamblea Nacional Constituyente, (1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta constitucional N° 116 de 20 de julio de 1991.

Congreso de Colombia, (1994) Ley 142, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Secretaria del Senado, diario oficial 51818 de 5 de octubre de 2021.

Congreso de Colombia, (1993) Ley 80, por la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública. Secretaria del Senado, diario oficial 51818 de 5 de octubre de 2021.

Congreso de Colombia. (2011) Ley 1437, Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Secretaria del Senado, diario oficial 51818 de 5 de octubre de 2021.

Consejo de Estado (2011). Sentencia de 7 de abril de 2011. Radicación número: 25000-23-24-000-2000-00016-01(AG). Relatoría 2011.

Corte Constitucional. (2007) Sentencia C-736, M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-6675 y D-6688. Relatoría 2007

Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-083. M.S. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente D-2144. Relatoría 1999.

Corte Constitucional. (2000) Sentencia C-1162. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-2863. Relatoría 2000.

Consejo de Estado. (1999). Sentencia de 23 de septiembre de 1999, Radicación Número: S-701. Relatoría 1999.