

La Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios: eficiencia y protección de los derechos de los usuarios

**Una visión desde el sector
de agua potable y saneamiento básico**



Comisión
de Regulación
de Agua Potable y
Saneamiento Básico

Cristian Stapper Buitrago

La Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios: eficiencia y protección de los derechos de los usuarios

**Una visión desde el sector
de agua potable y saneamiento básico**



**Comisión
de Regulación
de Agua Potable y
Saneamiento Básico**

COMISIÓN
DE REGULACIÓN
DE AGUA POTABLE Y
SANEAMIENTO BÁSICO - CRA

La Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios:
eficiencia, equidad, y protección de los derechos de los usuarios.
Una visión desde el sector de los servicios de agua potable y saneamiento básico.

Cristian Stapper Buitrago
Primera Edición: Junio de 2009

Edición realizada por
la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA

Carrera 7 N°71-52 Torre B Piso 4
Teléfono +57(1) 326 38 20
www.cra.gov.co
Bogotá, D.C., Colombia

Coordinación editorial:
Boris Del Campo Marín
Asesor de Comunicaciones CRA

Diseño y Diagramación:
Mauricio Salamanca

Diseño de Carátula:
Mauricio Salamanca

Impresión:
CMYK Diseño e Impresos Ltda.

Bogotá, D.C., Colombia

Las opiniones expresadas en este escrito son responsabilidad exclusiva del autor y no comprometen a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa autorización escrita del autor o el editor.



Álvaro Uribe Vélez
Presidente de la República de Colombia

Miembros de la Comisión

Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial
Carlos Costa Posada

Viceministra de Agua y Saneamiento Básico – MAVDT
Leyla Rojas Molano

Ministro de la Protección Social
Diego Palacio Betancourt

Director General Departamento Nacional de Planeación
Esteban Piedrahita Uribe

Superintendente General de Servicios Públicos Domiciliarios
Evamaria Uribe Tobón

Expertos Comisionados

Julio César del Valle Rueda – Director Ejecutivo
Erica Johana Ortiz Moreno – Experta Comisionada
Cristian Stapper Buitrago – Experto Comisionado
Clara Lucía Uribe Payares – Experta Comisionada

Unidad Administrativa Especial

Lida Ruiz Vásquez – Subdirectora Técnica
Beatriz Elena Cárdenas Casas – Jefe Oficina Asesora Jurídica
Alejandro Iván Gualy Guzmán – Jefe Oficina Asesora de Planeación
Pedro Luis Bohórquez Ramírez – Subdirector Administrativo y Financiero

Cristian Stapper Buitrago

Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Economía y Regulación de Servicios Públicos prestados en Red, con especialidad en Agua, de la Universidad de Barcelona(España).

Cuenta con estudios en materia de Competencia en Servicios Públicos en red de la UADE de Buenos Aires (Argentina). Ha sido catedrático de las Universidades Sergio Arboleda y Javeriana, Director del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana para la Vivienda y tercer presidente de la Asociación de Entes Reguladores de las Américas (ADERASA), colaborador del Diario El Espectador y de diversas publicaciones científicas, como Derecho de Aguas I, II y III; la revista del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana para la Vivienda y la Revista de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, entre otras.

Se ha desempeñado como Coordinador Nacional del Programa de Formalización de la Propiedad y la Modernización de la Titulación Predial; Asesor del Viceministerio de Desarrollo Económico; Asesor Jurídico del Despacho del Ministro de Desarrollo Económico; Asesor del Despacho del Ministro de Industria, Comercio y Turismo.

En la actualidad trabaja como Experto Comisionado de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en donde ha ejercido esta posición durante dos períodos y fue Director Ejecutivo en el año 2003.

CONTENIDO

1. Interpretación de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.....	13
1.1 Algunos elementos para la interpretación de las leyes de intervención económica.	14
1.2 Los fines de la Ley de Servicios Públicos: el debate entre eficiencia y justicia.	16
2. El concepto de “regulación”.	21
2.1 El significado “de uso común” de la expresión “regulación”.....	21
2.2 Concepto técnico de la expresión “regulación económica”.	22
2.3 Los objetivos económicamente deseables (eficiencia) y la competencia.	23
3. Los escenarios de legitimación del regulador.	35
3.1 La legitimidad fundada en la validez axiológica y en la validez formal....	35
3.2 La legitimidad de las comisiones de regulación: una aproximación desde la teoría de la burocracia de Max Weber.....	37
3.3 La legitimidad democrática.....	42
3.4 La independencia del regulador.....	47
4. El concepto legal y jurisprudencial de la “regulación”.	55
5. La Protección de los Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios.	65
5.1 Consideraciones preliminares.	65

5.2	Especialidad del contrato de servicios públicos: es un contrato dirigido, consensual y de adhesión.....	66
5.3	El Contrato de servicios públicos como alternativa económica más eficiente.	74
5.4	El fundamento económico de la intervención estatal en materia de cláusulas abusivas en los contratos de servicios públicos	76
5.5	La posibilidad de abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos y su prevención a través de “listas grises” y de “listas negras”.....	78
5.6	La lista de cláusulas contractuales abusivas contenida en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 es “negra” o “gris”?. Implicaciones de esta diferenciación.....	80
5.7	Las cláusulas de la “lista gris” de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.....	82
5.8	El control administrativo de las cláusulas abusivas.	108
5.9	La facultad de las comisiones de regulación de señalar criterios generales sobre abuso de posición dominante y protección a los usuarios del sistema.....	109
5.10	La facultad de establecer excepciones para la consagración de algunas cláusulas (numerales 133.5 y 133.21 de la LSPD).	112
6.	Bibliografía	115

*“Lo que es verdaderamente fundamental,
por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto,
sino que debe ser siempre presupuesto”.*
Gustavo Zagrevelsky. “El Derecho Dúctil”.

INTRODUCCIÓN

La liberalización de determinadas actividades a partir de los años noventa, introdujo una nueva concepción del Estado, que se vio reflejada en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Las diversas manifestaciones jurídicas de esta tendencia, concluyeron en una huida del derecho público, en el entendido de que las normas del derecho privado conducían de manera más expedita hacia la libre competencia como fuente de eficiencia económica. Así, la preeminencia estatal en las relaciones jurídicas propias de los servicios públicos se restringe especialmente, aunque no de manera exclusiva, en las normas de orden público, contenidas en la Ley de Servicios Públicos y en las facultades de regulación, vigilancia y control.

La finalidad del regulador, dista mucho de ser la respuesta a la necesidad de “poner en cintura” a los prestadores privados de los servicios públicos, en su pretensión de maximizar utilidades. Como quiera que a éste le corresponde eliminar fallos del mercado o establecer condiciones para que los servicios se presten como si estos fallos no existieran, resulta claro que la regulación sería igualmente necesaria, en tratándose de prestadores públicos. Así pues, en el caso de los prestadores públicos, el equilibrio de bajo nivel, claramente definido por la doctrina económica¹, o la

¹ Ver SPILLER, Pablo. Plan de Acción y Estrategia Regulatoria. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Bogotá, 2000.

conservación de privilegios laborales en este tipo de empresa, recuerdan lo que se ha dado en llamar “la tragedia de los comunes”. Resulta entonces evidente, que hay empresas públicas, privadas y mixtas, que operan de manera “eficiente” los sistemas. Igualmente hay otras, sin distingo de origen o composición jurídica que distan mucho del ideal regulatorio.

Si bien es cierto que la expresión “regulación de los servicios públicos” es definida por la Ley, también lo es que el concepto aportado por la norma resulta en extremo amplia, de manera que si nos atuviéramos a ella, sería necesario calificar como regulación, cualquier disposición legal o acto administrativo que tuviera carácter vinculante para los prestadores de servicios públicos.

Dentro de los asuntos más discutidos en la institucionalidad, se encuentran las funciones del regulador de los servicios públicos. Temas como la ubicación dentro de la jerarquía normativa de las disposiciones emanadas de las Comisiones de Regulación, así como la aparente amplísima gama de funciones consagradas para estas entidades en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, son objeto de debates en el ámbito jurídico.

Subyace a esta discusión, la exigencia de independencia del regulador, frente a su legitimidad. El regulador debe actuar como fiel de la balanza entre dos intereses legítimos: el de los usuarios y el de los prestadores. Una decisión que permita aumentar tarifas no necesariamente va en detrimento de los usuarios ni en beneficio del prestador, toda vez que podría estar dirigida a garantizar la suficiencia financiera del prestador, con miras a asegurar la calidad del servicio que reciben los usuarios. Empero, todas estas decisiones que implican la tensión entre intereses contrapuestos, las más de las veces, hacen indispensable que el regulador se encuentre protegido contra la captura por parte de los prestadores y del oportunismo político frente a los usuarios. La colegiatura, a través de la que se toman las decisiones regulatorias en Colombia, es importante bastión contra esas amenazas; sin embargo, se debe profundizar en los procesos de participación ciudadana para hacer más transparente la regulación. Igualmente, el riesgo de captura encuentra terreno abonado cuando las características de los reguladores no son eminentemente técnicas. Es de suma importancia

entonces establecer criterios de selección estrictos para los comisionados de dedicación exclusiva, aunados a incentivos económicos, de acuerdo con su perfil.

La permanente tensión entre equidad y eficiencia, hace que al regulador se le trate de endilgar la responsabilidad absoluta sobre la redistribución en las tarifas de servicios públicos, desconociendo que, este último tema, es del resorte de organismos de representación popular. Sin embargo, debe reconocerse que los efectos de la redistribución (solidaridad en el caso de los servicios públicos domiciliarios), serán mejores con tarifas que se aproximen a criterios de eficiencia.

En adición a los temas eminentemente económicos, dentro de las funciones de las Comisiones de Regulación se encuentra la expedición de disposiciones generales tendientes a promover los derechos de los usuarios de los servicios regulados. Se trata, en este caso, de una evidente delegación de la potestad reglamentaria para estos fines, en la medida en que su desarrollo debe hacerse acorde a la Ley. En este caso cobra especial importancia el contrato de servicios públicos, documento contentivo de estos derechos y de las obligaciones asumidas por los prestadores y por los suscriptores. Haremos especial énfasis en este texto, en la lista de cláusulas reprochables consagrada en el artículo 133 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

Este texto no pretende aparecer como un exhaustivo análisis de los asuntos regulatorios; contiene, eso sí, elementos para quienes comienzan a interesarse por la regulación económica de los servicios públicos. No se trata tampoco de una exposición detallada del derecho de los servicios públicos domiciliarios, toda vez que la regulación es sólo uno de los elementos de esta especialidad jurídica.

Siendo nuestra especialidad el agua potable y el saneamiento básico, tampoco pretendemos adentrarnos en asuntos propios de la regulación de energía o de telecomunicaciones; sin embargo, la identidad de funciones de las Comisiones de Regulación y la similitud, en cuanto al alcance económico de la regulación, de estos servicios con los de agua potable y saneamiento

básico, permitirá que este texto sirva de fuente de debates para quienes quieran iniciar el estudio de la regulación en otros servicios.

Con la humildad de quien hace parte de una institución que apenas cumple quince años en la organización del Estado Colombiano, y respecto de la cual mucho habrá de discutirse aún, presentamos este documento que sólo compromete la posición de su autor.

1. Interpretación de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

“Creemos que, entre los grandes problemas de la paz, figura preeminentemente la preocupación por una ordenación más justa de la convivencia humana, tanto de los hombres dentro del Estado y frente a él, cuanto de los Estados en la comunidad mundial. Esta estructuración social descansa sobre tres pivotes esenciales: Justicia, Seguridad y Bien Común”.

“De la concepción del conocimiento de estos principios substanciales, así como de su jerarquía y sus relaciones, y de la sinceridad en el propósito de realizarlos, dependerá en el futuro ese “tranquilo convivir en el orden” que garantiza la paz social, fruto de la ordenación individual de las almas en virtud, primordialmente y subsidiariamente, resultado de los instrumentos jurídicos-políticos: principios, instituciones, técnica”.

Daniel Kuri Breña, “Los Fines del Derecho”.

1.1 Algunos elementos para la interpretación de las leyes de intervención económica.

Sin perjuicio de otros instrumentos interpretativos, la Ley 142 de 1994, o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, en su carácter de Ley de Intervención Económica, debe ser apreciada, especialmente, a través de sus fines. Las Leyes de este tipo, constituyen una excepción a la libertad económica y, en tal sentido, por virtud de lo establecido en el numeral 21 del artículo 150 constitucional, corresponde al Congreso expedirlas y, en su contenido, “precisar sus fines y alcances y los límites de la libertad económica”. Estas exigencias, a voces de la H. Corte Constitucional, permiten a los particulares, que por principio gozan del derecho a la libertad económica, contar con “seguridad jurídica sobre los alcances y fines de la intervención gubernamental, así como sobre el espacio en el cual conserva su libertad económica”¹.

Por esta razón, las Leyes de Intervención Económica, incorporan en su contenido elementos interpretativos superiores a los de otras normas legales, con lo cual, el operador jurídico siempre habrá de tener en cuenta, para su cumplimiento y para su aplicación, los fines, alcances y límites consagrados en la propia ley. Las facultades de intervención económica sólo pueden tener por objeto el desarrollo de los asuntos consagrados en el artículo 334 Constitucional, a saber: la explotación de los recursos naturales; el uso del suelo; la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes; los servicios públicos y privados.

De igual forma, el mismo artículo prescribe que la intervención tendrá por objeto “racionalizar la economía”, para conseguir 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, con especial énfasis en dar pleno empleo y asegurar que todas las personas tengan acceso a los bienes y servicios básicos.

1 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 1996.

De esta forma, a partir del principio del “efecto útil”², cuando quiera que existan dos interpretaciones respecto de una disposición, se preferirá aquélla que produzca efectos y, como se ha visto, estos efectos en el caso de las leyes que nos ocupan, no podrán ser otros que los previstos en el artículo 334 citado.

Ahora bien, las leyes de intervención económica gozan de otra particularidad especial en materia de interpretación. Resulta apenas obvio que su contenido está circunscrito a asuntos de orden económico. De esta forma, muchas de sus disposiciones no podrán entenderse a partir de la interpretación gramatical, esto es, según la previsión del artículo 28 del Código Civil³; sino que, en ausencia de definición legal, el intérprete tendrá que acudir a lo establecido en el artículo 29 del mismo Código, según el cual: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte...”.

Por ello, para aproximarnos al quehacer regulatorio en Colombia, tendremos que apreciar primero las disposiciones que, dentro de la Ley 142 de 1994, dotan a esta norma del carácter de ley de intervención y, en todo caso, cuando exista una expresión de orden económico que no se encuentre definida en la misma Ley, ésta tendrá que interpretarse según la definición de la ciencia económica.

La Ley 142 de 1994, reitera estos conceptos, al señalar en su artículo 13, que los principios consagrados en el capítulo inicial, “...se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten”⁴; criterio ratificado en el artículo 186 ibídem, según el cual, la Ley 142 de 1994, “servirá para complementar e interpretar

2 Sobre el principio interpretativo del efecto útil ver, entre otras, las Sentencias T-001 de 1992; C-557 de 1992; C-009 de 1994; C-473 de 1994; C-399 de 1995; C-600^a de 1995; C-692 de 2003 de la Corte Constitucional.

3 CÓDIGO CIVIL. “Artículo 28. Sentido de las palabras de la ley. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso natural de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

4 En materia contractual, en el artículo 30 de la misma Ley se reitera este precepto, adicionándole que se preferirá la interpretación que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de posición dominante, y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere”.

Otro elemento importante, para la interpretación por parte de los operadores jurídicos, y, en especial, para la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, es la contenida en el artículo 160 de la misma Ley, que exige a estas dos entidades que, al aplicar las normas, deben dar prioridad al “...objetivo de mantener y extender la cobertura de esos servicios, particularmente en las zonas rurales, municipios pequeños y áreas urbanas de los estratos 1 y 2 ; de tal manera que, sin renunciar a los objetivos de obtener mejoras en la eficiencia, competencia y calidad, éstos se logren sin sacrificio de la cobertura”.

Como se observa, el legislador entendió no sólo que las Comisiones podían expedir normas de carácter general, sino que al hacerlo, tienen la facultad de interpretar, esto es, de fijar el alcance de normas legales.

1.2 Los fines de la Ley de Servicios Públicos: el debate entre eficiencia y justicia.

El legislador consagró nueve fines de la Ley 142 de 1994 que servirán de sustrato a todas las disposiciones contenidas en la misma Ley y, dentro de ellas, a las referidas a los órganos de regulación.

Estos fines tienen un claro alcance social y económico. Así, mientras se reconoce la necesidad de garantizar la calidad del bien objeto del servicio, antes y después de su uso; la necesidad de garantizar la ampliación de cobertura; la prestación continua e ininterrumpida; la efectividad de los mecanismos de participación de los usuarios, y la determinación de un “esquema tarifario proporcional” atendiendo preceptos de equidad y solidaridad, se reconoce también la necesidad de una prestación “eficiente”, la obtención de economías de escala y el derecho a la libre competencia con proscripción del abuso de posición dominante en el mercado.

Quiso entonces el legislador plasmar un equilibrio entre la economía de mercado y el reconocimiento del Estado social de derecho. Solventa así la Ley, debates entre quienes piensan que el Estado es un mero proveedor de bienes y servicios y aquéllos que lo ven como un simple garante de la libertad privada que no puede intervenir contra ella. No quiso el legislador de 1994, optar por uno de los dos sistemas, sino por una sana mezcla de los dos, con miras quizá a lo que se ha dado en llamar “economía social de mercado”. De esta forma, el operador jurídico de la Ley de Servicios Públicos, cuenta con disposiciones diversas que le fijan un derrotero y le permiten sustraerse de la polarización entre los defensores a ultranza de la eficiencia y quienes exigen que sólo exista equidad. El debate entre ambos conceptos, especialmente en el sector que nos ocupa, debe dejar de ser un dilema, para abrirse paso la interpretación armónica, ajena a pasiones políticas, y más cercana a las necesidades de las personas, con soporte en demostraciones empíricas y no en concepciones personales y juicios de valor.

Nótese, sin embargo que mientras la “justicia” entendida como igualdad o proporcionalidad, que gana concreción a través del valor jurídico “equidad”, resulta bastante familiar, el término “eficiencia” suele llamar a engaños a los intérpretes.

Así, la prestación “eficiente” podría ser entendida partiendo de la definición de eficiencia del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (Interpretación gramatical); según el cual esta es la “Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”. De esta forma, la prestación eficiente sería aquella que, simplemente, permitiera llevar el servicio a determinada región. Sin embargo, la eficiencia se encuentra definida en el ordinal 87.1 del artículo 87 de la misma Ley, en los siguientes términos: “Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni

permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste”.

Acoge entonces el legislador el concepto económico de eficiencia y no el de uso común. Reconoce además que hay varios tipos de eficiencia (eficiencia en la producción y eficiencia distributiva), sin limitarse a aquella que permite maximizar el excedente social que resulta de la agregación del excedente del productor y del excedente del consumidor.

Pero, detengámonos unos instantes en este asunto. La eficiencia se contrapone a la pérdida de eficiencia y esta podría afectar tanto al productor (prestador del servicio público en este caso) como al consumidor (suscriptor o usuario para nuestros efectos). De esta forma, producir con más insumos de los necesarios o pagar salarios más altos de los del mercado, constituye una pérdida de eficiencia para el prestador. El establecimiento de precios máximos o de impuestos, supone igualmente una pérdida de eficiencia. Empero, en los dos primeros casos, las causas son endógenas, esto es, dependen de la conducta del productor. Ahora bien, cuando las causas de la ineficiencia provienen del productor, es probable que se vean representadas en precios más altos al público. Estos precios más altos, cuando el escenario es de competencia, implicarán que los competidores más eficientes (los que no tienen que cargar con los sobrecostos), ofrezcan precios más bajos y, por ende, se queden con los consumidores que anteriormente tenía el productor ineficiente.

En presencia de una situación de poder de mercado, como un monopolio, y tratándose de bienes o servicios necesarios, es probable que esas ineficiencias en la producción, que generan mayores costos para el prestador, sean trasladadas a los usuarios bajo el ropaje de mayores precios. Los usuarios se verán obligados a consumir el bien o a recibir el servicio, toda vez que no hay sustitutos y que no existen otros productores o prestadores.

Si bien existen muchos instrumentos para evitar la concentración de mercado, como la posibilidad de ordenar la escisión de un prestador, radicada en Colombia en cabeza del regulador (nos referimos en este caso a la escisión horizontal o a la vertical indistintamente), también lo es que, tratándose de actividades que constituyan monopolios naturales la actuación del regulador se deberá restringir a la determinación de estándares de calidad y de precios eficientes.

Ahora bien, es más probable garantizar precios equitativos a través de tarifas que impliquen el reconocimiento de costos eficientes. Sin embargo, el legislador definió claramente que la equidad se desarrolla en materia de servicios públicos domiciliarios mediante el criterio de solidaridad.

En efecto, el criterio de solidaridad se encuentra consagrado en el numeral 87.3 del artículo 87 de la Ley de Servicios Públicos, disposición según la cual, “Por solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a “fondos de solidaridad y redistribución”, para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas”⁵.

Pese a que pareciera que la aplicación del criterio de solidaridad sólo responde indirectamente a decisiones de las Comisiones de Regulación, lo cierto es que sólo es función directa de estos organismos la definición de las condiciones para el otorgamiento de subsidios al estrato tres (artículo 89 de la Ley 142 de 1994)⁶.

5 En el artículo 100 de la misma Ley se establece que los recursos para el otorgamiento de subsidios a la demanda también pueden provenir de los ingresos corrientes y de capital, de las participaciones en los ingresos corrientes de la Nación y, en el caso de agua potable y alcantarillado, del diez por ciento del impuesto predial unificado.

6 En adición, por disposición contenida en el artículo 7º de la Ley 373 de 1997, es función de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, establecer los consumos básicos, desincentivar los consumos máximos y tomar medidas para aquéllos consumidores que sobrepasen estos últimos. De esta forma, decidió el legislador que mediante una decisión de precios (adecuación o disminución del monto del consumo máximo subsidiable), se estimule el consumo racional del agua.

2. El concepto de “regulación”.

“El lenguaje es fuente de malos entendidos”.

Antoine de Saint-Exupery. “El principito”.

2.1 El significado “de uso común” de la expresión “regulación”.

Según la edición vigésimo primera del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, regulación es “Acción y efecto de regular”. Por su parte, la quinta acepción de la expresión “Regular” es: “5. tr. Econ. reajustar (aumentar o disminuir coyunturalmente). Regular las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados”.

Si bien es cierto que la definición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es bastante cercana a la cotidianeidad del quehacer regulatorio, consideramos necesario aproximarnos al mismo concepto desde el punto de vista técnico– económico, reconocido por dicha fuente, puesto que las Comisiones de Regulación no expiden cualquier tipo de “regulación” sino “regulación económica”.

2.2 Concepto técnico de la expresión “regulación económica”.

Existe unanimidad en la literatura sobre regulación de los servicios públicos, en el sentido de que esta es una forma de intervención económica en servicios que, hasta hace poco, eran prestados exclusivamente por el Estado. De esta forma, se entiende que la regulación es “una manera de utilizar el poder coercitivo del sector público para conseguir determinados fines sociales que de otra manera resultaría imposible alcanzar. En particular, el objetivo de la regulación consiste en lograr unas asignaciones de bienes que sean las socialmente deseadas, entendiendo por tales aquellas que extienden el servicio público al mayor número posible de ciudadanos, al menor coste y a los menores precios posibles”¹.

De esta forma, en Argentina, se ha entendido que esta potestad pública es un requerimiento nacido a partir de las privatizaciones. Para DROMI², “El contrato de delegación de servicio público, por el cual el contratista particular sustituye a la Administración en la prestación, se otorga directa e inmediatamente en “interés público” y la actividad sigue siendo un “servicio público”. La necesidad pública que se satisface con la prestación del servicio público a través de sujetos privados justifica que su regulación –marco regulatorio, ordenación, fiscalización y régimen sancionatorio, con entes reguladores para cada servicio-, sea establecida por el Estado a fin de garantizar el mantenimiento de las prestaciones y promover la expansión del servicio. A través de la regulación se debe otorgar certeza a las privatizaciones, seguridad a los usuarios y confianza a los inversores”.

En el caso de Uruguay, la doctrina encabezada por DEL PIAZZO³ ha señalado igualmente la finalidad de la regulación, resaltando también que la facultad está en cabeza del Estado, así: “En orden a su caracterización, la definición de esta potestad puesta a cargo de las unidades reguladoras

1 LASHERAS, Miguel Angel. La regulación económica de los servicios públicos. Ariel Economía. S.N. Barcelona, 1999.

2 DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Novena Edición. Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina. 2001. Páginas 728-729.

3 DEL PIAZZO, Carlos E. Régimen Regulatorio y de Fiscalización de los Servicios Públicos en Uruguay. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/10.pdf>

se ha encarado las más de las veces desde la perspectiva económica, considerándola como el modo de influir en el mercado mediante la creación de un sistema de incentivos que naturalmente deberían crear la competencia, guiando o restringiendo las actividades económicas”. Cabe anotar que en la República Oriental del Uruguay, URSEC y URSEA poseen facultades normativas, de vigilancia y sancionatorias.

De esta forma, son elementos que dan forma al concepto de regulación de los servicios públicos, entre otros, las siguientes:

- i. Se trata de una potestad estatal, esto es, a cargo de una entidad pública.
- ii. Tiene por objeto establecer reglas para que el mercado funcione acorde con objetivos económicamente deseables.
- iii. Generalmente los organismos encargados de expedir regulaciones, tienen la facultad de vigilancia, control y sanción de los agentes económicos que hacen parte del sector regulado⁴.

2.3 Los objetivos económicamente deseables (eficiencia) y la competencia.

La importancia de la competencia en un mercado y, en consecuencia, la importancia de su implementación mediante herramientas jurídicas y de política pública, se basa en supuestos económicos con carácter definido. La lógica detrás del argumento a favor de la competencia en un mercado deriva del análisis neoclásico del monopolio, específicamente, a lo que ha sido llamado el problema de apropiación del excedente del consumidor por parte del monopolista.

Un mercado se encuentra en competencia perfecta, cuando, tratándose de productos idénticos, cada una de las empresas supone que el precio de mercado es independiente de su propio nivel de producción y hay libertad

4 En Colombia, por virtud de la Ley 142 de 1994, las funciones de regulación económica están separadas de las funciones de vigilancia y control, estando estas últimas a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

de entrada y de salida de los productores y de los consumidores. Por lo tanto, en un mercado con esas características, la empresa sólo tiene que preocuparse de la cantidad que desea producir. Cualquiera que sea la cantidad que produzca, sólo puede venderla a un único precio: el precio vigente en el mercado.

Esta es la principal característica de un mercado competitivo: tanto oferentes como demandantes son “tomadores de precios” o “precio aceptantes”, es decir, que está fuera de su alcance influir sobre la determinación del precio y las condiciones de mercado. En consecuencia, en un mercado en competencia perfecta, los agentes no tendrán el incentivo de disminuir su producción, por cuanto tal disminución no tendrá un impacto en el precio del producto.

El precio al que una empresa en un mercado competitivo está dispuesta a vender, coincide, entonces, con el precio que garantiza la demanda esperada del producto y el cubrimiento de los costos, en otras palabras, el que maximiza su beneficio.

Por definición, los beneficios de una empresa (B) están dados por la diferencia entre el ingreso que percibe por la venta de su producción, al precio vigente en el mercado ($p \cdot q$), y los costos en los que incurre para producir las cantidades vendidas ($c(q)$). Puesto que el precio es una variable exógena al productor, éste sólo tendrá discrecionalidad sobre el nivel de producción. Así el problema de maximización que enfrenta una empresa competitiva es:

$$\max \overline{p} \cdot q - c(q)$$

Para conocer la cantidad de producción q que maximiza los beneficios de la empresa, derivamos la función anterior y la igualamos a cero, lo cual es equivalente a encontrar el nivel de producción en el que el beneficio marginal se hace cero⁵.

5 La derivada de una variable da cuenta de la variación marginal de ésta frente a otra variable, es decir, muestra cuanto cambia el ingreso o costo de la empresa por una unidad adicional que se produzca. Por ello, el resultado de la derivación de cada expresión se interpreta en términos marginales. Para la transformación matemática recuérdese que la derivada de una constante es la constante misma, y la derivada de q respecto de q es 1.

$$BM = \frac{\partial \bar{p} \cdot q}{\partial q} - \frac{\partial c(q)}{\partial q} = 0$$

$$BM = \bar{p} - \frac{\partial c(q)}{\partial q} = 0$$

La ecuación anterior indica que el nivel de producción en el que el beneficio marginal (BM) se hace cero (punto a partir del cual no se obtiene beneficio adicional por una unidad más de producción), es aquel en el que el ingreso marginal (la derivada de la función de ingreso $-p \cdot q$) es igual al costo marginal (derivada de la función de costos $-c(q)$). Esto tiene sentido, por cuanto las empresas estarían interesadas en producir únicamente hasta cuando el ingreso adicional que le proporciona producir una unidad más, sea igual al costo de producirla. Esto es:

$$\bar{p} = Cm(q)$$

Por lo tanto, en el nivel óptimo de producción, una empresa debe producir en el punto en el que el precio es igual al costo marginal. Es esta la razón por la que la curva de costos marginales de una empresa competitiva es su curva de oferta⁶.

Sin embargo, cuando el mercado está constituido por un número reducido, sino uno, de oferentes o demandantes, ocurre lo que los economistas han llamado una “falla de mercado”⁷. Cuando en un mercado hay sólo una empresa, es decir, existe un monopolio, es muy improbable que ésta considere dado el precio, como ocurría en el mercado competitivo.

6 Esto es cierto en el tramo ascendente de la curva de costo marginal que se encuentra por encima de la curva de costo variable medio, de tal forma que la empresa garantiza el cubrimiento de sus costos variables cuando vende a precios que cumplen esta condición.

7 Siguiendo a Begg (Begg, David et al. “Economics”. Sixth Edition. McGraw-Hill. London, 2000) la expresión “falla del mercado” hace referencia a “las circunstancias en las cuales el equilibrio en mercados libres y desregulados (i.e, mercados no sujetos a regulación de precio o cantidad) fallará en lograr una distribución eficiente de recursos. La falla del mercado describe las circunstancias en las que las distorsiones impiden a la mano invisible distribuir los recursos de manera eficiente”. p. 248). Al respecto, es comúnmente aceptado que los mercados deben ser regulados ante la presencia de fallas del mercado sin resolver. Para una introducción a la intervención a través de regulación, véase: Posner, Richard A. “Theories of Economic Regulation”. En: The Bell Journal of Economics and Management Science. 1974. Vol. 5. P. 335-358. El artículo de Posner se elabora sobre la clásica introducción de George J. Stigler a la captura regulatoria. Véase: Stigler, George. “The Theory of Economic Regulation”. En: The Bell Journal of Economics and Management Science. 1971. Vol. 2. P. 3 - 21.

Se dará cuenta de que puede influir en él y elegirá el nivel de precios y de producción que maximice sus beneficios. Por supuesto, no puede elegirlo de forma totalmente independiente, pues cualquiera que sea el precio, sólo podrá vender lo que absorba el mercado, por lo tanto, aunque un monopolista tiene mayor discrecionalidad sobre el precio y el nivel de producción, ello está condicionado por la demanda de los consumidores.

Bajo un esquema de mercado de monopolio, el productor tiene el poder de fijar el precio de su producto y, por tanto, tiene el incentivo de disminuir el nivel de producción con el objetivo de forzar un aumento en el precio. Así, puesto que teóricamente tendría los mismos costos marginales que un agente en competencia perfecta, el monopolista maximizará sus beneficios; en pocas palabras, ganará más produciendo menos⁸.

Matemáticamente la condición de maximización del beneficio de un monopolista es la misma que la de un productor en competencia perfecta: fijar el nivel de producción en el punto en el que el ingreso marginal iguale al costo marginal. La diferencia en este caso reside en la facultad para modificar el precio. En el caso anterior, vimos que el ingreso marginal del productor es el precio, toda vez que este es un factor constante, está fuera de su alcance decidirlo. Sin embargo, en el caso del monopolio, el precio es una variable, por tanto, matemáticamente, la expresión de la derivada de los ingresos es diferente.

$$\begin{aligned} & \max p(q) \cdot q - c(q) \\ BM &= \frac{\partial p(q) \cdot q}{\partial q} - \frac{\partial c(q)}{\partial q} = 0 \\ Im(q) &= Cm(q) \end{aligned}$$



Ingreso marginal



Costo marginal

Una aproximación gráfica a la determinación del precio y la cantidad de equilibrio en un mercado competitivo y uno monopólico permite una mayor comprensión del problema.

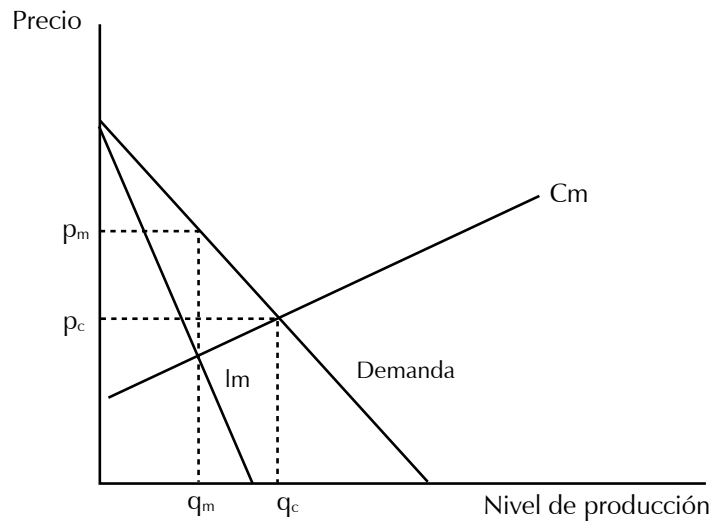
⁸ Tal descripción es conocida como el “paradigma estático del monopolio”, que presenta los problemas de la existencia del monopolio, por oposición al paradigma dinámico, que plantea los problemas de actuar como un monopolista. Al respecto, para una introducción a la microeconomía del los monopolios, *cfr.* Bishop, Simon. Walker, Mike. “The Economics of EC Competition Law”. Sweet & Maxwell, 2002. P. 16-39.

Como se anotó antes, las empresas competitivas actúan en el punto en el que el precio es igual al costo marginal, mientras que los monopolios actúan en el punto en el que el precio es mayor que el costo marginal. Por lo tanto, bajo la segunda estructura de mercado, el precio es más alto y el volumen de producción menor. Por esta razón, los consumidores suelen disfrutar de un bienestar menor en las industrias monopolísticas que en las competitivas.

La gráfica 1 compara el precio y la cantidad de equilibrio que tendría los consumidores si las empresas se comportan competitivamente y en caso de existir un monopolio. En el primer caso, recuérdese la condición de equilibrio en la que el ingreso marginal es igual al costo marginal, lo que en un mercado competitivo significa que el precio debe igualar el costo marginal. Esto es, el punto p_c de la gráfica. El precio siempre se mide sobre la curva de demanda dado que esta expresa la disponibilidad a pagar de los consumidores en cada nivel de producción. A ese nivel de precios el mercado absorbe un nivel de producción de q_c .

Con respecto al precio de monopolio, la condición de equilibrio descrita antes reveló que el monopolista establece su precio en el punto en el que el ingreso marginal es igual al costo marginal, pero como el precio se mide sobre la curva de demanda, el resultado final del monopolio es un precio de p_m , lo que significa una reducción de las cantidades de producción disponibles en el mercado a q_m . La reducción en el nivel de producción, aunado a un incremento sustancial del precio de venta, constituye la pérdida de eficiencia producida por el monopolio en el mercado.

Gráfica 1
Industria competitiva vs industria monopolística



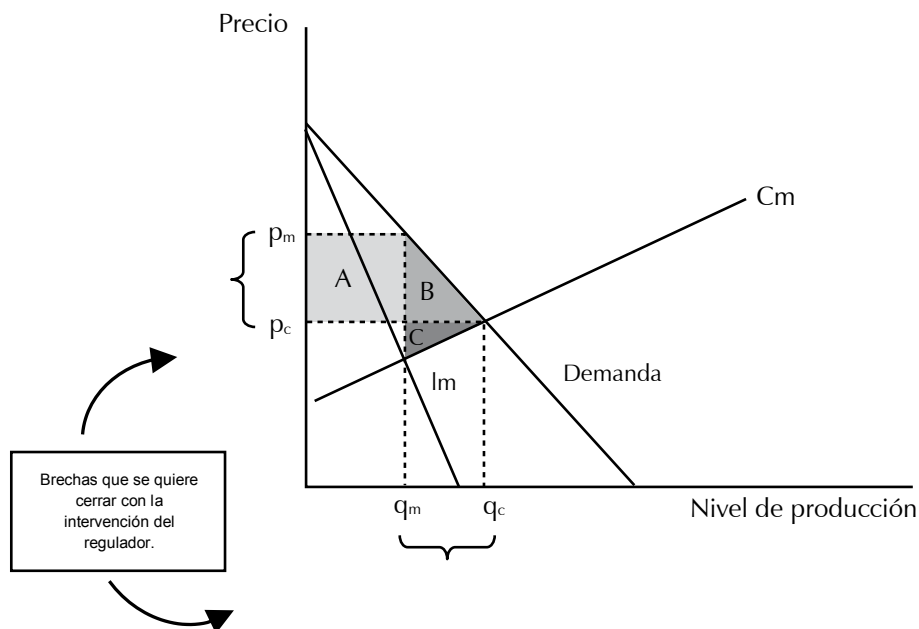
Esta ineficiencia implica, en otras palabras, que en ausencia de competencia los consumidores tendrán menos productos a su disposición, y pagarán más por ellos. En consecuencia, los consumidores se ven obligados a pagar un precio que no refleja los recursos utilizados en la producción (un precio mayor al costo marginal). Esto nos lleva a analizar el problema de apropiación del excedente del consumidor por parte del monopolista que constituye, en últimas, la pérdida irrecuperable de eficiencia provocada por esta estructura de mercado.

El excedente de los consumidores disminuye en las áreas A y B, que se muestran en el gráfica 2, ya que ahora estos obtienen a un precio más alto todas las unidades que en competencia perfecta podrían adquirir a un precio menor; el consumidor transfiere al monopolista el equivalente al área A. Sin la distorsión que causa el precio de monopolio, el excedente del consumidor sería todo el triángulo debajo de la curva de demanda y por encima del precio de competencia (área A+B y el triángulo superior a ésta).

El área B + C se conoce con el nombre de pérdida irrecuperable de eficiencia provocada por el monopolio y muestra cuánto empeora el bienestar de los consumidores cuando pagan el precio de monopolio en lugar del competitivo.

Gráfica 2

Pérdida irrecuperable de eficiencia provocada por el monopolio



Así, el monopolio plantea un importante problema redistributivo⁹, toda vez que los recursos que en un mercado habrían sido distribuidos entre los consumidores, se ven concentrados en cabeza del monopolista. Los argumentos antes planteados justifican la premisa neoclásica en el sentido de que los monopolios son indeseables, y la competencia apropiada. No obstante, toda vez que la competencia imperfecta es una distorsión que puede llevar a una falla del mercado, la problemática no es, en principio, solucionable al interior de éste último.

De esta forma, si la condición deseable es la existencia de competencia porque ésta promueve precios eficientes, una situación que no se inscriba dentro de este esquema es considerado una realidad que debe ser regulada por un organismo externo, que promueva condiciones de mercado equiparables a las que tendría un mercado competitivo, es decir que cierre la brecha entre p_m y p_c .

9 Véase, por ejemplo: Stigler, George J. "Monopoly". En: <http://www.econlib.org/library/Enc/Monopoly.html>

En consecuencia, se hace necesario recurrir a la intervención del Estado, en algunos casos pretendiendo limitar la posición dominante de las empresas en la determinación de precios y condiciones contractuales, y en otros, cuando a ello haya lugar, promover la competencia; todo mediante el uso de herramientas regulatorias¹⁰.

En efecto, ante estas situaciones, el Estado tiene dos alternativas. La primera es la regulación tradicional o *ex ante*, mediante la cual se crean los incentivos para que no se presente en el mercado prácticas monopolísticas como la discriminación y la predación a través de los precios, la división de mercados para mantener el poder en un mercado o región, el control de información relevante para otras empresas o bien para los clientes o usuarios, la colusión entre productores, las concentraciones y fusiones que perjudican el proceso de competencia. La segunda alternativa es la implementación de políticas de competencia, mediante las cuales se pretende garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público. Mediante este segundo mecanismo, la agencia actúa *ex post*, puesto que decide sobre hechos ya ocurridos, normalmente con mayor información que en la regulación *ex ante*.

El primer camino es usualmente seguido cuando no es posible esperar que surja competencia (monopolio natural), mientras que el segundo es una mejor alternativa cuando la competencia es posible y sólo hay que preservar que el proceso competitivo se desarrolle con transparencia.

10 Pese a la aparente unanimidad respecto de estas tesis, algunas voces disidentes se han levantado. Entre las más elocuentes se encuentra George J. Stigler, quien sostuvo que el costo de los monopolios es mínimo, y en consecuencia puede ser fácilmente descartado. En tal sentido, según Stigler, “los economistas servirían un propósito más útil si se dedicaran a combatir el fuego o las termitas en lugar de combatir el monopolio”. (Citado en: Begg, David. *Op. Cit.* P. 281). El desacuerdo básico gira alrededor de tres puntos esenciales: (1) el problema de apropiación del excedente del consumidor por parte del monopolista depende de la elasticidad de la demanda, la cual no es considerada en el modelo estático de monopolio presentado; (2) el costo del monopolio, en términos de bienestar social, es aún mayor que el problema de apropiación del excedente del consumidor por parte del monopolista, por cuanto éste último usa gran parte de sus recursos en mantener su posición y en influenciar al ente regulador (vía “captura”. Cfr: Stigler, George. *Op. Cit.* P. 17); y (3) el modelo estático no considera el rol de la información. Con todo, a pesar de los cuestionamientos, la estructura del argumento que justifica una política de la competencia se mantiene incólume. En efecto, a pesar de encontrarnos en los llamados tiempos post – Chicago, el argumento esencial mantiene su validez toda vez que, como lo explica Jonathan B. Baker, “un cuarto de siglo después del inicio de la revolución Chicago en Derecho Antimonopolio, éste mantiene un legado de Chicago: su orientación económica. Las críticas post-Chicago de la doctrina recibida son, en gran medida, “internas”, no disputas respecto a los aproximaciones básicas o los valores esenciales” (Cfr: “A Baker, Jonathan B. “Preface to Post-Chicago Antitrust”. En: Van den Bergh, Roger. Pardolesi, Roberto y Cucinotta, Antonio (eds.). “Post-Chicago Developments in Antitrust Analysis”. Edward Elgar, 2002.P.24.

Independientemente del método de regulación que se utilice, su principal objetivo es crear competencia y con ello aumentar el bienestar social. Bajo esta línea argumentativa, la autoridad de regulación debe partir de la necesidad de limitar el poder de mercado en una industria, con el fin de evitar las pérdidas de bienestar social causadas como consecuencia de prácticas abusivas de la posición dominante y de prácticas restrictivas de la competencia¹¹.

Los servicios públicos son prestados generalmente bajo la figura de monopolios públicos o privados regulados. Dentro de estas industrias, algunas actividades son vistas recientemente como potencialmente competitivas y, por lo tanto, pueden ser abiertas a la competencia. No obstante, la gran mayoría de actividades continúan siendo consideradas un monopolio natural, razón por la cual permanecen reguladas.

En nuestro caso particular, la necesidad de promoción de la competencia suele ser más frecuente en el servicio de aseo puesto que los servicios de acueducto y alcantarillado se asocian a la posición de dominio en el mercado por los componentes considerados monopolio natural. Lo cierto es que la empresa que goza de cierto poder de mercado tiene más opciones que las que se encuentran en una industria perfectamente competitiva para determinar el precio y la cantidad de producción. Es sobre estos aspectos que tradicionalmente actúa la regulación, con el objeto de restringir las posibilidades de apropiación del excedente del consumidor por parte del monopolista.

En suma, el desarrollo de regulación referente a la protección de la libre competencia encuentra su justificación central en el argumento según el cual un mercado competitivo es la mejor forma para lograr la asignación eficiente de los recursos, guardando como objetivo último el bienestar de los usuarios. Empero, la eficiencia asignativa no es el único argumento para una política de competencia.

11 Sobre el contexto socio-político que inspiró la aproximación aquí presentada, *cfr.*: Kennedy, Duncan. "The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities". Primera publicación: American University Law Journal. 1985. Vol. 34. P. 942-949. Elementos más detallados pueden ser encontrados: Kennedy, Duncan. "Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies". En: Newman, Peter (Ed.). "The New Pelgrave Dictionary of Economics and the Law". McMillan Reference. 1998. P. 465.

En efecto, es comúnmente aceptado que la competencia incrementa dos tipos adicionales de eficiencia: la eficiencia productiva y la eficiencia dinámica. La primera hace referencia a las eficiencias operativas y a la reducción de costos de transacción que pueden ser alcanzadas a través de la competencia, toda vez que ésta trae consigo un incentivo a reducir costos para aumentar las utilidades. La eficiencia dinámica hace referencia a los incentivos desarrollados para crear nueva tecnología, productos e innovaciones, con el objetivo de ganar nuevos clientes o de producir con menores costos. Tales incentivos son reducidos en la cómoda posición del monopolista. Estos argumentos adicionales en favor de una política de competencia complementan el razonamiento relacionado con el problema de apropiación del excedente del consumidor por parte del monopolista.

Hasta aquí hemos presentado las situaciones ideales de competencia perfecta y de monopolio. En el sector de los servicios públicos la competencia se ve limitada por el carácter de monopolio natural de algunos servicios o de parte de ellos o, en otros casos, la competencia se produce entre un número reducido de prestadores.

Baste observar los municipios o distritos de Colombia en los cuales no se han establecido áreas de servicio exclusivo para el servicio de aseo. Salta a la vista que la competencia se lleva a cabo entre dos o tres prestadores. Cabe recordar que en el caso del servicio de aseo es común la desintegración vertical de las empresas, de manera que, cuando existe competencia, una de ellas presta, con carácter de monopolista, el componente de disposición final, limitándose la competencia a los componentes de recolección y transporte, y barrido y limpieza de vías y áreas públicas.

La competencia por precios sería el resultado previsible de la aplicación de una metodología de precio techo en cualquier servicio regulado, dada la homogeneidad del producto o servicio (habrá de entenderse para efectos de esta afirmación, que la regulación se produce por industria y no por empresa). Así por ejemplo, en el caso en que existiere una empresa incumbente, regulada con un precio techo y dedicada a la prestación del servicio de aseo, habría de esperarse que la empresa entrante ofreciera sus servicios a un precio inferior al de la empresa ya establecida. Como quiera

que los bienes o los servicios son idénticos (homogéneos), sin diferenciación alguna en cuanto a la calidad, podría esperarse que el entrante que tiene un precio inferior se quede con la totalidad del mercado. El estudio del modelo de Bertrand¹², ideado en 1883, resulta particularmente práctico para revisar el comportamiento que habrían de asumir los competidores que prestan un servicio homogéneo.

En el escenario planteado arriba, ante la reducción de precio por parte de la empresa entrante, la incumbente necesariamente habrá de reducir sus precios al mismo nivel que la primera y, así sucesivamente hasta que se llegue al punto en que los precios equivalen a los costos marginales, momento en el cual se llegaría a una situación de equilibrio de Nash¹³.

Ahora bien, de existir dos empresas prestadoras es de prever que cada una cuente con costos marginales diferentes, lo cual, necesariamente generará un incentivo para que aquélla con mayores costos los revise y se acerque en cuanto sea posible a los de la empresa con costos inferiores. De no ser así tendrá dos opciones: retirarse del mercado o tomar medidas reprochables desde el punto de vista del derecho de la competencia: esto es, establecer precios predatorios o por debajo de sus costos o acudir a maniobras de competencia desleal, reprochables desde el derecho de la competencia.

12 Ver FERNÁNDEZ DE CASTRO RIVERA, Juan y DUCH BROWN, Néstor. Economía Industrial, un enfoque estratégico. Universidad de Barcelona, McGraw Hill. México, 2003. Páginas 98-100.

13 Resulta claro que es la situación de equilibrio de Nash, en la medida que al fijar un precio igual ambas empresas, superior al costo marginal, siempre existirá la tendencia de uno de los competidores a bajar el precio para quedarse con todo el mercado.

3. Los escenarios de legitimación del regulador.

3.1 La legitimidad fundada en la validez axiológica y en la validez formal

La legitimidad de las normas jurídicas es un debate inacabado por parte de los filósofos del derecho. Así, mientras algunos estudiosos de corte iusnaturalista hacen depender la validez de las normas jurídicas de su ajuste con las normas morales, dando un tinte axiológico a este concepto, los filósofos de orden positivista tienden a aproximarse al concepto de legitimidad, desde el ajuste de la norma expedida a parámetros preestablecidos en materia de competencia y de procedimiento. Así, es dado distinguir una forma de validez axiológica (fundada en valores) y otra formal (originada en el cumplimiento de procedimientos concordantes con el concepto social expresado en parámetros preestablecidos).

A partir de los textos de San Pablo y de las distinciones que hicieran San Agustín y Santo Tomás, respecto de las tres categorías de Leyes (Ley eterna, Ley Natural y Ley Positiva), el iusnaturalismo supone que la Ley Natural es la “participación de la ley eterna en la criatura racional”¹. Esta participación se manifiesta en tres tendencias innatas a todos los hombres: las relacionadas con la conservación, las comunes con los animales y las que surgen del

¹ “*participatio legis aeternae in rationali creatura*”.

carácter racional del hombre, dentro de las cuales se encuentra el derecho positivo. Las características de estos preceptos de derecho natural son su universalidad, su inmutabilidad y su conocimiento por todos los hombres. Así las cosas, el derecho positivo no es otra cosa que la expresión del derecho natural, razón por la cual, una norma jurídica (derecho positivo) que no se encuentre en consonancia con el derecho natural, será una norma ilegítima. La principal crítica a esta tendencia doctrinaria, filosófica y aún política, radica en que algunos consideran que dota de subjetividad al concepto de derecho, al punto de legitimar la desobediencia de una norma, por encontrarla contraria a lo que determinada persona considera “justo”. Pese a esta crítica y a las diversas discusiones sobre el alcance de los conceptos de “justicia” y de “equidad”, resulta innegable que conceptos como el respeto a la vida humana, a la propiedad y a la libertad, la igualdad ante la ley y ante las autoridades, y la promoción del “bien común” como un valor o fin del derecho, tienen un carácter universal. Por ello, sin que pueda insinuarse que la norma que no cumpla con su finalidad universal (en el caso de la regulación, el bienestar general) se debe desatender, es necesario reconocer que su legitimidad se ve seriamente comprometida. Por ello, habremos de revisar en este texto la legitimidad de las decisiones regulatorias, a la luz de los fines previstos por la Ley para la regulación, esto es, la consecución del bienestar general (concepto elusivo como pocos), a través de la eficiencia económica en la producción y en la distribución de bienes o servicios regulados.

Desde el otro extremo de la doctrina, Max Weber, como se verá adelante, sustenta la validez a partir de los tipos puros de dominación legítima. Siguiendo al sociólogo alemán, revisaremos el carácter del regulador, desde el punto de vista de la legitimidad de la autoridad democrática.

En adición y también desde conceptos de validez formal, las corrientes positivistas (Kelsen) suponen que la validez de la norma positiva depende del cumplimiento de reglas de formación de las mismas que, además, deben ser aceptadas.

Entre posiciones extremas que dificultan una aproximación unívoca y exenta de debates, surge una intermedia a través de la cual la legitimidad

en el derecho positivo se obtiene sólo a través del Estado de Derecho, de manera que la moral y los valores que en ella subyacen, encuentran concreción en el sistema democrático y en la participación democrática de los asociados en las decisiones que les afectan.

3.2 La legitimidad de las comisiones de regulación: una aproximación desde la teoría de la burocracia de Max Weber.

La determinación de la legitimidad o de su ausencia, debe partir de un concepto previo, general y objetivo, que permita evaluar el ajuste o no, de la institución comparada, en este caso, de las agencias reguladoras independientes².

En este aparte tendremos como premisas dos conceptos de legitimidad. El que ostenta una autoridad que ejerce la “dominación” legal o racional, a voces de Max Weber, y aquél que supone la “responsabilidad” de las autoridades frente a sus electores o gobernados en el Estado de derecho, que habremos de denominar, legitimidad democrática.

3.2.1 La legitimidad desde el punto de vista “*weberiano*”.

Los estudios de Max Weber constituyen el sustrato del desarrollo de las teorías modernas sobre la burocracia. Para el sociólogo alemán, la burocracia “es una forma social fundamentada en la organización racional de los medios en función de los fines”, a lo que agregamos, como lo señala Pierre Muller³, que “lo propio de la burocracia es organizar las diferentes tareas con independencia de los agentes encargados de ejecutarlas”.

Para Weber existen tres tipos de dominación legítima, a saber: de carácter racional – concebida como la forma de administración “específicamente moderna”-, de carácter tradicional y, de carácter carismático.

3 MULLER, Pierre. Las Políticas Públicas. Universidad Externado de Colombia. 12 de febrero de 2002. Página 32.

2 Al referirnos indistintamente a agencias independientes o agencias reguladoras, lo haremos a las Comisiones de Regulación creadas en nuestro país en la Ley 142 de 1994 que, como lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-150 de 2003, tienen el grado de independencia que señale el legislador, ordinario o delegado, agregamos nosotros.

La legitimidad de carácter racional “descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”⁴. Tratándose de la autoridad racional o legal, “se obedecen las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas por ellas designadas, en méritos estas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de su competencia”⁵.

La dominación legal de WEBER, descansa en las siguientes categorías:

- a. Ejercicio continuado sujeto a la ley;
- b. Competencia (ámbito de deberes y servicios objetivamente limitado, atribución de poderes necesarios para su realización, fijación estricta de medios coactivos eventualmente administrables);
- c. Principio de jerarquía administrativa.
- d. Reglas según las cuales hay que proceder, que pueden ser normas o técnicas. Para que se logre la racionalidad, se requiere una formación profesional que se determina mediante pruebas realizadas con éxito, de manera que sólo quien las apruebe pueda tener el carácter de funcionario.
- e. Los funcionarios no son propietarios de los medios de administración y producción.
- f. No existe apropiación de los cargos por quien los ejerce.
- g. El funcionario debe atenerse a lo previsto en el expediente.
- h. La dominación legal puede adoptar formas muy distintas, siendo la burocracia la estructura más pura⁶.

A su vez, los caracteres de los funcionarios propios de un sistema burocrático son:

4 WEBER, Max. Economía y sociedad. Fondo de Cultura Económica. Decimocuarta edición, México 2002. Página 172.

5 WEBER, Max. Op. Cit. Página 172.

6 “El tipo más puro de dominación legal es aquel que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático. Sólo el dirigente de la asociación posee su posición de imperio, bien por apropiación, bien por elección o por designación de su predecesor. Pero sus facultades de mando son también “competencias legales””. Op. Cit. Páginas 175 y 176.

- "1. personalmente libres, se deben sólo a los deberes objetivos de su cargo,
- "2. en jerarquía administrativa rigurosa,
- "3. con competencias rigurosamente fijadas,
- "4. en virtud de un contrato, o sea (en principio) sobre la base de libre selección según
- "5. calificación profesional que fundamenta su nombramiento -en el caso más racional: por medio de pruebas o del diploma que certifica su calificación-;
- "6. son retribuidos en dinero con sueldos fijos, con derecho a pensión las más de las veces; son revocables siempre a instancia del propio funcionario y en ciertas circunstancias (particularmente en los establecimientos privados) pueden también ser revocados por parte del que manda; su retribución está graduada primeramente en relación con el rango jerárquico, luego según la responsabilidad del cargo y, en general, según el principio del "decoro estamental"
- "7. ejercen el cargo como única y principal profesión,
- "8. tienen ante sí una "carrera" o "perspectiva" de ascensos y avances por años de ejercicios, o por servicios o por ambas cosas, según juicio de sus superiores,
- "9. trabajan con completa separación de los medios administrativos y sin apropiación del cargo,
- "10. y están sometidos a una rigurosa disciplina y vigilancia administrativa".

En este orden de ideas, la "legitimidad" de cualquier organismo de la administración dependerá del cumplimiento de estos requisitos. Veamos entonces si estas características pueden predicarse de una comisión de regulación.

3.2.1.1 Se deben sólo a los deberes del cargo.

En su carácter de "servidores públicos" los expertos comisionados, funcionarios de carácter técnico designados por el Presidente de la República para períodos de cuatro años, deben atender el precepto consagrado en el artículo 6º constitucional, según el cual son responsables por infringir la

constitución y la ley y por “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

3.2.1.2 En jerarquía administrativa.

Los expertos comisionados se enmarcan en una jerarquía administrativa, claramente determinados en las normas que consagran el funcionamiento de las comisiones. Aunque los Comisionados carecen de superior jerárquico por ejercer facultades delegadas del Presidente de la República, lo cierto es que la unidad administrativa especial, por mandato legal, está sujeta a control de tutela por parte del Ministerio al que esté adscrita, sin desmedro de la independencia que, en su voto, deben tener los comisionados.

3.2.1.3 Con competencias rigurosamente fijadas.

Las competencias de los funcionarios de las comisiones de regulación se encuentran estrictamente determinadas en la Ley 142 de 1994 y en los Decretos 2882 y 2883 de 2007 (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico); 2934 de 2002 (Comisión de Regulación de Telecomunicaciones); y 2461 de 1999 (Comisión de Regulación de Energía y Gas).

3.2.1.4 En virtud de un contrato.

Debe recordarse el carácter de acto condición de la posesión de los funcionarios públicos. En este orden de ideas, la persona designada mediante nombramiento efectuado por el Presidente de la República para ocupar un cargo de experto comisionado en una comisión de regulación, una vez manifiesta su voluntad mediante la posesión en el cargo, es sujeto de los derechos y obligaciones previstos por la ley o en el reglamento (artículo 71 de la Ley 142 de 1994, derogado por el Decreto 2474 de 2000).

3.2.1.5 Calificación profesional.

Los miembros de las comisiones de regulación deben cumplir con los requisitos establecidos en el manual de funciones correspondiente, situación en la cual se entendería cumplido este carácter.

Sin embargo, es necesario resaltar que, siendo una de las justificaciones para la existencia de las llamadas “agencias independientes” el traslado de responsabilidades de un órgano político a un órgano “técnico”, se ha llegado a afirmar que es “ilegítima” la agencia cuyos miembros no tienen dicho perfil.

El principal argumento para la creación de las agencias independientes en los Estados Unidos, fue la necesidad de contar con organismos técnicamente cualificados⁷ para tomar decisiones respecto del servicio de transporte por ferrocarril, para lo cual se crearon agencias ad hoc en algunos estados, que en primer término adquirieron un carácter permanente y, posteriormente federal, con la creación de la *Interstate Commerce Commission* (ICC) en 1877.

Por influencia del *progressive movement*, las agencias se consolidaron como un instrumento para luchar contra el clientelismo político y frenar los abusos de las grandes empresas privadas mediante una administración moderna que dispusiera de un sistema de función pública y en la que determinadas funciones se atribuyeran a “autoridades independientes” compuestas por expertos, y libres así de la influencia de los grupos de presión.

Se argumenta desde entonces que la fortaleza técnica de los miembros de las agencias independientes es el sustento de su independencia frente a las instancias públicas y el mercado regulado.

3.2.1.6 Remuneración y remoción.

Los expertos comisionados reciben una remuneración por sus servicios a través de un salario. No pueden ser cesados sino por decisión propia en virtud de su inamovilidad, entendida como un elemento *sine qua non* para garantizar su neutralidad e independencia.

7 Teorías más recientes proponen como ventaja de las agencias independientes la posibilidad de reducir los costos de transacción que supondrían las decisiones tomadas por altos miembros del gobierno o por el legislativo sobre los asuntos que requieren de decisiones regulatorias. Sobre el particular, ver Mathew D. McCubbins and Thomas Page, “A Theory of Congressional Delegation”, in M.D. McCubbins and T. Sullivan (eds.) *Congress: Structure and Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987), pp. 409–425.

3.2.1.7 Ejercen el cargo como única y principal profesión.

Los comisionados tienen dedicación exclusiva al cumplimiento de las funciones de su cargo.

3.2.1.8 Carrera y perspectiva de ascensos.

Como en el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción, a diferencia de los sujetos al régimen de carrera administrativa, los expertos comisionados no cuentan con una perspectiva de ascensos, en la medida que, como se anotó arriba, no tienen superior jerárquico.

3.2.1.9 Separación de los medios administrativos y sin apropiación del cargo.

Los recursos de las Comisiones provienen de las contribuciones especiales fijadas por ley.

En adición, están sometidas a una rigurosa disciplina y vigilancia administrativa. En su calidad de servidores públicos los expertos comisionados son sujetos de control disciplinario por parte de la Procuraduría general de la Nación; de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República; y de control político, por parte del Congreso de la República.

En consecuencia, y aún desde el punto de vista de la teoría de la burocracia de Max Weber, resulta imposible negar la legitimidad de los miembros de las comisiones de regulación.

3.3 La legitimidad democrática.

Para efectos de este documento, entendemos la legitimidad democrática como la que tiene cimiento en principios de la democracia representativa, entre ellos el sistema de *checking and balances*, consecuencia de la división de las ramas del poder público, y el de responsabilidad frente a los electores.

3.3.1 La facultad de un cuerpo técnico para expedir políticas públicas.

Un punto de vista desde el que puede ser apreciada la legitimidad democrática aparece con la discusión respecto de la posibilidad de que un órgano “técnico” pueda detentar el poder necesario para expedir políticas públicas.

Las políticas públicas se han definido como “...el conjunto de sucesivas respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas”⁸, definición que, por su carácter amplio, cubija las decisiones regulatorias, hasta el punto que algunos autores consideran que la regulación es la forma más importante de política pública⁹.

Ahora bien, la discusión sobre la legitimidad radica en la dificultad que se encuentra para que los miembros de los organismos regulatorios rindan cuentas a los votantes, cuando no son elegidos directamente por ellos¹⁰.

Como se verá, la independencia del regulador es presupuesto de la regulación económica. La ausencia de presiones o la protección contra ellas, aparece como indispensable para asegurar que el regulador garantice el equilibrio entre los derechos de los usuarios y los intereses de los prestadores.

Sin embargo, el exceso de independencia podría conducir a decisiones contrarias al interés general. En especial, habrá de tenerse en cuenta que el regulador podría desviar su camino y no dirigirlo hacia la consecución del interés general, sino al logro de intereses particulares, bien sea como producto de la captura o, como consecuencia de decisiones que entrañen oportunismo político.

8 SALAZAR VARGAS, Carlos. Las Políticas Públicas. Pontificia Universidad Javeriana. Segunda edición. Bogotá, 1999. Página 40.

9 MANJONE, Giandomenico. The Regulatory State and its Legitimacy Problems. Institut für Höhere Studien (IHS), Wien, Reihe Politikwissenschaft. Julio de 1998. Página 9.

10 Como lo señala MANJONE en el escrito citado, “one of the most striking features of this mode of governance is the extensive delegation of policymaking powers to non-majoritarian institutions – institutions which fulfill public functions but are not directly accountable to the voters or to their elected representatives”.

En ese sentido, se hace indispensable un escenario que legitime las decisiones de un organismo que no responde a la elección popular. Este mecanismo no podrá ser otro que la discusión franca y abierta con los usuarios del servicio.

La doctrina había advertido de los serios problemas de la participación de los ciudadanos en las decisiones regulatorias. Es claro que los términos utilizados en regulación económica suponen cierta dificultad para los ciudadanos del común. Por esa razón las empresas contratan especialistas en los temas regulatorios.

Ahora bien, el interés per cápita de una empresa es superior a la de sus usuarios. En efecto, dicho interés equivale a la sumatoria de los intereses per cápita de todos sus usuarios.

Para mayor claridad, simplificaremos este tema con un ejemplo¹¹. Piense el lector que, como resultado de una decisión regulatoria el aumento de tarifas para cada usuario es de diez pesos. En el evento en que la empresa tenga cien usuarios, su interés en la decisión será equivalente a mil pesos.

Así por ejemplo, si un especialista en regulación que deba ser contratado para discutir con el regulador un aumento de tarifas cobra cincuenta pesos¹², para un usuario será mejor no contratar a este especialista y asumir el costo del aumento de tarifas. A *contrario sensu*, para la empresa, que podría obtener mil pesos como consecuencia del aumento de tarifas, resulta racional contratar al especialista. Como se observa, el usuario, en estas condiciones, se encuentra en una situación de inferioridad frente a las empresas en sus relaciones con el regulador; razón por la cual es menester promover las asociaciones de usuarios, de manera que el interés per cápita de los usuarios agrupados, sea similar al del prestador.

Queda entonces reducido el problema de la legitimidad a la necesidad de asegurar la responsabilidad –*accountability*– de las agencias reguladoras,

11 En este ejemplo se omite el hecho de que los pagos que deben hacer los regulados son mensuales.

12 El ejemplo bien podría hacerse sumando el costo del tiempo que un usuario tendría que destinar para estudiar los asuntos regulatorios.

que en nuestro país se refuerza con la tutela del Gobierno frente a las Unidades Administrativas Especiales, el control disciplinario, el control fiscal y el control político¹³.

Es necesario fortalecer la rendición de cuentas de las comisiones frente a los usuarios de los servicios. La Sentencia C-150 de 2003 marca un hito en materia de participación de los usuarios. Con anterioridad el alto tribunal expresó la necesidad de que los usuarios participaran en los eventos en que las comisiones promovieran la determinación del cargo fijo¹⁴.

Como dijo la H. Corte Constitucional en la citada sentencia, “uno de los ámbitos diferentes al electoral, en el cual el constituyente previó expresamente la necesidad de un proceso decisorio participativo, fue el de los servicios públicos. La institucionalización de canales de participación de los usuarios de los servicios públicos en los procesos decisorios de los órganos de regulación de creación legal, es uno de los instrumentos fundamentales para impulsar al regulador a tener en cuenta y valorar debidamente los derechos de éstos y para asegurar un equilibrio en la toma de decisiones que tienda a la promoción del interés general”.

Y agregó en la misma providencia:

“De esta forma, la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados”.

Ahora bien, el artículo 127 de la Ley 142 de 1994 consagra la obligación de las comisiones de “poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las

13 Sobre este particular dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-150 de 2003: “No obstante, esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de un Estado democrático de derecho puesto que sus actos pueden ser revisables por los jueces, sus decisiones son objeto de debate político y legislativo en el Congreso o parlamento correspondiente, el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades y sus integrantes y resoluciones están sujetas al escrutinio de los ciudadanos”.

14 Ver Sentencia C-041 de 2003.

fórmulas del período siguiente (...)"'. Este artículo fue trasladado de manera poco afortunada de las disposiciones Chilenas que regulan la materia¹⁵.

La exequibilidad condicionada de la Corte se expidió "en el entendido de que las comisiones de regulación también darán a conocer a los usuarios las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente."

En la parte considerativa de la providencia en comento se entiende que la participación no sólo debe estar presente en la expedición de las bases de los estudios, sino además en la etapa previa a la expedición de la regulación tarifaria, haciendo de obligatorio cumplimiento la previsión del artículo 1º del Decreto 2130 de 1992 (que desarrolla, con carácter de reglamento constitucional, el artículo 20 transitorio de la Constitución)¹⁶.

De esta forma, mediante Decreto 2696 de 2004, el Gobierno Nacional estableció los parámetros a seguir para dotar de mayor transparencia a las decisiones regulatorias, señalando procedimientos a seguir para efectos de hacer públicos los proyectos de decisiones regulatorias, tengan o no el carácter de normas tarifarias.

15 Ley de Tarifas de los servicios sanitarios de Chile. Decreto con fuerza de Ley 70 de 1988. "Artículo 13.- La Superintendencia deberá informar a través de publicación en el Diario Oficial que se encuentran a disposición del público y los prestadores, las bases sobre las cuales se efectuará el estudio para determinar las fórmulas tarifarias del período siguiente, con a lo menos 12 meses de anticipación al término del período de vigencia de éstas. Quienes tengan interés comprometido podrán hacer observaciones a dichas bases dentro de 60 días contados desde la fecha de la referida publicación, debiendo la Superintendencia responder fundadamente a tales observaciones dentro de los 45 días siguientes a su recepción.

"Las bases deberán definir, al menos, los siguientes aspectos: sistemas a ser estudiados, criterios de optimización aplicables a la operación y a la expansión de los sistemas; criterios para definición del nivel de demanda de planificación; niveles de calidad del agua, del servicio, y de la atención a los usuarios; metodología de valoración del agua cruda, y metodología de cálculo de la tasa de costo de capital".

16 "...la Corte encuentra que el Decreto 2130 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución, estipuló en su artículo primero que corresponde a los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Directores, Presidentes o Gerentes de entidades descentralizadas, Superintendentes y Jefes de entidades u organismos administrativos de la rama ejecutiva nacional, ejercer las siguientes funciones: "1. Señalar los proyectos de decisiones de carácter general que por razón de sus implicaciones sea conveniente colocar en conocimiento de los ciudadanos y grupos interesados para escuchar previamente sus opiniones al respecto"; "2. Disponer que se informe públicamente a los eventuales interesados, por los medios que estime adecuados, sobre el contenido básico, el propósito y los alcances de los proyectos de decisiones administrativas de carácter general a que hace referencia el numeral anterior. En el respectivo informe deberá señalarse el plazo dentro del cual se podrán presentar sus observaciones. En todo caso la autoridad administrativa adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general"; "3. Disponer el registro público de tales observaciones y de las respuestas que la entidad hubiere dado a las presentadas por quienes representen sectores significativos de la comunidad y por organizaciones no gubernamentales promotoras del interés público"; "9. Elaborar un informe anual sobre el cumplimiento de estas funciones el cual deberá ser anexado al informe que presenten al Congreso de la República o al Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente en la oportunidad que éste señale".

3.4 La independencia del regulador¹⁷.

3.4.1 El concepto de independencia

Existe cierto consenso en cuanto a que la independencia debe ser garantizada frente al eventual riesgo de captura por parte del Gobierno y por parte del mercado regulado, especialmente por parte de las empresas. Doctrinariamente se ha estudiado la posibilidad de una eventual captura por parte de los consumidores; no obstante me referiré sólo de manera tangencial al tema, dada su difícil ocurrencia.

Desde el punto de vista de la independencia frente al gobierno y las demás ramas del poder público, la creación de las “Comisiones de Regulación” ha constituido un cambio fundamental en la concepción tradicional de división de poderes acogida con mayor rigidez en los sistemas de derecho continental.

En efecto, para Jorge Vélez García (1996) las agencias reguladoras han abierto una “tronera” a la teoría tripartita del poder, puesto que en ellas “se conjugan las calidades de administradoras, hacedoras de reglas generales y en la mayoría de los casos juzgadoras”. Señala el autor que estas agencias poseen facultades de “cuasijuzgamiento”¹⁸, puesto que actúan no sólo resolviendo litigios entre los regulados, sino que además deciden otros que ellas mismas promueven¹⁹.

17 Este numeral contiene elementos del artículo germinal publicado en Derecho de Aguas II. Universidad Externado de Colombia.

18 “Quasi-judge” en los términos del Juez Marshall referenciado por el autor.

19 A similar conclusión parece llegar la Corte Constitucional en Sentencia C-827 de 2001 para justificar la llamada autonomía del Banco de la República cuando señala: “el organismo encargado de las funciones de banca central no es solamente regulador y titular de funciones de supervisión sino que su acción se proyecta, además, en el ámbito de ejecución directa de las políticas estatales en la materia”. Posteriormente, en Sentencia C-150 de 2003, dentro de las características comunes a las agencias reguladoras, señaló la Corte Constitucional: “... la autoridad reguladora dispone de instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza según el problema que ésta deba abordar, puesto que tales instrumentos van desde la mera recepción y divulgación de información (medida de comunicación), pasando por la intervención en los precios (medida económica) hasta la adopción de normas y la imposición de sanciones a quienes las infrinjan (medidas jurídicas)” y agrega el Alto Tribunal: “Dentro de las diversas alternativas de esquemas de regulación económica, puede ocurrir que la función de regulación, en determinados asuntos señalados por el constituyente, se concrete en un esquema regulatorio en el cual el ejecutivo, a través de diferentes órganos, no sólo administra sino que también cumple funciones normativas y ejerce, excepcionalmente, funciones judiciales, como sucede en materia de regulación del sector financiero en el cual dentro del marco general legislativo”.

La independencia difiere de la llamada autonomía, fenómeno este último al que hace referencia el profesor Vélez García en el mencionado estudio de derecho comparado, al revisar el sistema propio de los países con tradición jurídica anglosajona.

La “autonomía”, en nuestro sistema jurídico, tiene asidero en disposiciones de carácter constitucional, principalmente en la previsión del artículo 113 de la Carta Política que enumera las ramas del poder público y reconoce que, “además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”. De igual forma la Constitución reconoce la autonomía de las entidades territoriales (arts. 1º y 287)²⁰.

La Corte Constitucional ha resaltado en numerosas oportunidades el alcance de la autonomía constitucional. En efecto, en Sentencia C-401/2001, señaló:

“... la Corte ha destacado que la autonomía que la Constitución Política otorga a determinados organismos significa, básicamente, i) no pertenencia a alguna de las ramas del poder, ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del poder y por ende actuación funcionalmente independiente de ellas, iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada”.

De esta forma, el concepto de autonomía está unido inescindiblemente con el de separación de poderes²¹, de origen constitucional. A *contrario*

20 Por otra parte, la Carta Política reconoce autonomía a diversos entes, a través de las siguientes disposiciones: autonomía universitaria para darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. (Art. 69); autonomía técnica, patrimonial y administrativa de la Comisión Nacional de Televisión (Art. 76); régimen de autonomía de las corporaciones autónomas regionales (Numeral 7º del Art. 150); autonomía administrativa y presupuestal de la Fiscalía General de la Nación (Art. 249); autonomía administrativa y presupuestal de la Contraloría General de la República (Art. 267); autonomía de los departamentos (Art. 298); autonomía de las asambleas departamentales (Art. 299); autonomía administrativa de las regiones administrativas y de planificación (Art. 306); autonomía administrativa, patrimonial y técnica del Banco de la República (Art. 371).

21 “La distinción y la definición de las funciones del Estado (...) se basan en un concepto político que hace depender el grado de potestad y la energía de los efectos de los actos que realizan las diversas autoridades estatales del origen de estas últimas, en su régimen de organización de las condiciones en las cuales ejercen su actividad. La distinción positiva de las funciones, responde, en efecto, como se ha visto, a la idea de que los órganos estatales no tienen todos en igual grado la potestad del Estado”. Cfr. Carré de Malberg (2001).

sensu, el concepto de independencia es de origen legal y, en el caso de nuestras Comisiones de Regulación, fue asignado mediante artículo 61 de la Ley 142 de 1994²², con alcance técnico, administrativo y patrimonial²³, y tiene una dimensión diferente en cada una de las comisiones, según los estatutos que son aprobados a través de un decreto, como se mostrará más adelante.

Si bien es cierto que muchos, dentro de los cuales se encuentra el profesor DROMI (1999), piensan que los entes reguladores “no deben depender de ninguno de los poderes políticos del Estado (...), ni en su designación, ni en su remoción, para evitar que les fijen una postura...” o, en otras palabras, deben gozar de completa autonomía, consideramos que esa posición derivaría en un problema de legitimidad democrática difícil de superar. De ahí que en el caso de las Comisiones de Regulación, creadas en nuestro país para regular los servicios públicos domiciliarios, no pueda predicarse esta autonomía, pero sí un grado de independencia superior a la de los demás órganos de la rama ejecutiva del poder público.

3.4.2 La “independencia del regulador” frente al Gobierno

Se ha debatido ampliamente por vía jurisprudencial, el tema de la independencia frente al gobierno. En la precitada decisión judicial se hizo especial énfasis en el tema, como se observa en los siguientes apartes:

“...una de las razones que justifica la creación de órganos de regulación de determinadas actividades sectoriales -v.gr. la prestación de los servicios públicos- consiste en que esta función sea cumplida por entidades que gozan de independencia respecto del gobierno, según el perfil institucional

22 “ARTÍCULO 69.—Organización y naturaleza. Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación:

“69.1. Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico.

“69.2. Comisión de regulación de energía y gas combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

“69.3. Comisión de regulación de telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

PARÁGRAFO. Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo”.

23 Debe aclararse que la referencia a la independencia frente al gobierno en la literatura de origen anglosajón se extiende a todas las autoridades estatales, sin que pueda entenderse limitada, como en nuestro país, al ejecutivo.

que el legislador determine, para propender por la realización de los principios que establece la Constitución respecto de dichas actividades.

“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”. (Subrayas fuera del texto original).

En tal sentido, el Alto Tribunal resaltó la necesidad de preservar la labor regulatoria de la injerencia de intereses oportunistas representados por la captura y señala, al menos de manera preliminar, que esa “independencia” deriva directamente de la Carta Política.

Sin embargo, con mayor claridad reconoce, en los apartes que a continuación se transcriben, el origen legal de la independencia:

- “Con el fin de que la función estatal alcance los fines constitucionales por los cuales ha de propender, la Constitución ha revestido a los órganos constitucionales de regulación de un rasgo institucional especial consistente en su autonomía. En el ámbito de la regulación de los servicios públicos, la Constitución no exige esta garantía institucional sino que libra a la potestad de configuración del legislador la determinación del perfil institucional de los órganos de regulación por él creados, de tal manera que el legislador puede dotarlos del grado de independencia que estime necesario dentro del respeto a los límites constitucionales”. (Subrayas fuera del texto original).
- “Además, la Carta autoriza la creación de otros órganos encargados de regular, por ejemplo, los servicios públicos (C.P., art. 150, num. 23; art. 76, inc. primero; art. 365 inc. segundo; y art. 367). Estos órganos

no son constitucionalmente autónomos sino que tienen el grado de independencia que el legislador les atribuye al crearlos”.

- “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 o atenuar su grado de independencia. En el presente proceso, la Corte parte de la base legislativa que define las características de las comisiones de regulación de los servicios públicos.
- “En suma, el legislador dispone de un margen de configuración respecto del tipo de órganos que puede crear para regular la prestación de los servicios, de las funciones que les puede adscribir o de las que puede autorizar que les sean delegadas, de las características institucionales que les otorgará y, por lo tanto, del ámbito de independencia que les desee conferir” (Subrayas fuera del texto original).

De igual forma, en la Sentencia C-150 de 2003 no se delimitó el alcance de la “independencia”, sino que se reiteró que el mismo debe ser determinado por el legislador.

Si bien es cierto que el fallo citado, es suficientemente claro respecto de la facultad de configuración de las Comisiones, es necesario recordar que en anterior providencia, la Corte Constitucional había dejado sentada su posición sobre las facultades gubernamentales en materia establecimiento de directrices políticas generales para la regulación de los servicios públicos domiciliarios, sin que lo anterior pueda entenderse como la posibilidad de subrogar la facultad regulatoria independiente.

En Sentencia C-389 de 2002, dijo la Corte:

“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” (Subrayas fuera del texto original).

Así, las políticas sectoriales generales del Presidente, en su calidad de Jefe de Gobierno, de Suprema Autoridad Administrativa²⁴ y de titular de las facultades delegadas a las Comisiones de Regulación, dictadas a través de los Ministros, en atención a lo establecido en el inciso 1º del artículo 208 constitucional²⁵, deberían ser consideradas por las Comisiones, en el ejercicio de sus facultades independientes.

Este argumento fue esbozado por el H. Consejo de Estado en consulta 1409 de abril 11 de 2002, cuyo aparte pertinente reza: “Las atribuciones pertinentes -las de las Comisiones- se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del gobierno, a través de los respectivos ministros”.

En adición, debe recordarse que la Corte Constitucional en Sentencia C-272 de 1998, decidió el cargo de inconstitucional endilgado a la delegación presidencial prevista en la Ley 142 de 1994 por supuesta violación de la “independencia” de las Comisiones de Regulación, declarándola ajustada a la Carta Política a partir del reconocimiento de que la facultad de regular delegada en ellas, es una función Gubernamental y de forma alguna configura lo que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha llamado el “cuarto poder”.

24 Las facultades regulatorias no se desarrollan en virtud del carácter de Jefe de Estado previsto en el artículo 189 de la Constitución Política.

25 “ARTÍCULO 208.—Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”.

En esa oportunidad dijo la Corte:

“(...) esa dependencia de las comisiones de regulación frente al gobierno en manera alguna implica la inconstitucionalidad de las mismas, ni de la posibilidad de que el Presidente delegue en ellas la definición de las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, por la sencilla razón de que, como ya se ha visto, se trata de funciones presidenciales. En efecto, mal podría el juez constitucional declarar inconstitucional una ley porque permite la delegación de una función del Presidente en una agencia estatal subordinada al ejecutivo, por considerar que ésta no es suficientemente autónoma, pues en general es propio de la delegación que la autoridad delegataria se encuentra en una cierta subordinación frente a quien delega”.

Y agregó en la misma providencia:

“(...) si bien el constituyente pudo dejar en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos, o de una entidad autónoma especializada, la función de determinar las políticas de administración y eficiencia de los servicios domiciliarios, así como las de inspección y vigilancia de los mismos, en realidad optó por otro modelo, de suerte que el artículo 370 de la Carta separa esas atribuciones, de las cuales la primera se radica en el Presidente, y la de control, vigilancia e inspección, en la superintendencia.

“Por consiguiente, el cargo sobre la ausencia de autonomía frente al gobierno de las comisiones de regulación no es de recibo, pues constituye mas una argumentación en favor de una reforma del modelo adoptado por la Carta en este campo, la cual puede ser respetable desde el punto de vista político, pero es improcedente en el presente examen, pues el interviniente no demuestra una violación a la Constitución por parte de la norma acusada”.

Como se observa, la jurisprudencia ha dado diversos alcances a la independencia de las Comisiones de Regulación, empero ha reconocido de manera clara, la necesidad de preservarla en orden a garantizar la consecución de los fines de la regulación.

3.4.3 La independencia frente al mercado regulado.

El legislador colombiano previó un régimen de inhabilidades e incompatibilidades especiales para las entidades de regulación, vigilancia y control de los servicios públicos, que permiten garantizar la transparencia en la toma de decisiones²⁶. Así mismo, la legislación penal y las normas disciplinarias aplicables a los servidores públicos contienen disposiciones que resultan igualmente aplicables a los eventos de captura.

²⁶ Artículo 44 de la Ley 142 de 1994.

4. El concepto legal y jurisprudencial de la “regulación”.

La Legislación colombiana (numeral 14.18 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994), define “regulación” como “la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”. Sin embargo, esta definición es en extremo amplia y debe ser completada con las facultades de las Comisiones de Regulación contenidas en el artículo 73 de la misma ley. Cabe anotar, sin embargo, que el alcance legal de la expresión en Colombia dista mucho del concepto técnico referido al comienzo de este texto, puesto que, en Colombia, la regulación no incluye la vigilancia y el control de los prestadores de servicios públicos, labor esta que se encomendó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1162 de 2000, al estudiar la constitucionalidad del numeral 18 del artículo 14 de la LSPD, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, se esforzó por delimitar por vía negativa el alcance de las facultades de las Comisiones, estableciendo los actos a los que no puede asimilarse la regulación expedida por ellas. Los argumentos de la Corte sobre el particular se pueden resumir en los siguientes extractos:

- a. “...(L)a regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para “completar la ley”, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto (...) como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga “con sujeción a la ley”, no “para completar la ley...”.
- b. “Tampoco (...) las resoluciones de las comisiones de regulación “en forma conjunta con la ley forman una proposición jurídica”, y a diferencia de los decretos reglamentarios pueden “llenar los vacíos legislativos dejados por el legislador”, en la medida en que son actos de creación de derecho...”.
- c. Tampoco “...las comisiones podrían llegar a derogar leyes y aun a dictar normas “de aplicación preferente frente a ellas”, todo lo cual desnaturaliza el concepto mismo de delegación de funciones administrativas, pues excede los límites de ellas, y rompe la estructura de separación funcional prevista en la Constitución (C.P., arts. 113 y 150)”...”.
- d. “(L)a regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (C.P., art. 189, núm. 11)”...”.

El esfuerzo demostrado en la misma providencia para definir por vía positiva la regulación resultó menos prolijo. La Corte hizo referencia entonces al sustrato teleológico de la función reguladora en atención a los antecedentes de la formación de la Ley 142 de 1994. Señaló la Corte que “...las comisiones resultan ser tan sólo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios...”, para luego concluir: “La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales”.

Cabe anotar entonces que, si las facultades regulatorias deben atender con precisión las políticas dictadas por el Gobierno Nacional a través de sus Ministros y si sus funciones son la manifestación de un elemental “poder de policía”, el carácter técnico del regulador serviría solamente para prevenir al Gobierno de los resultados de sus decisiones regulatorias y el voto individual en el cuerpo colegiado no tendría objeto alguno, puesto que las instrucciones serían dictadas desde el Gobierno. No se puede desconocer el ejercicio democrático que supone el debate de los Comisionados en el ámbito colegiado que, en el caso de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, generalmente ha dado lugar a decisiones unánimes.

En Sentencia C-389 de 2002¹, la Corte Constitucional señaló que la competencia dada a las Comisiones, “...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”.

Aunque algunos han querido ver una extensión sumamente amplia de las facultades de las Comisiones de Regulación desde la expedición de la Sentencia C-150 de 2003 de la H. Corte Constitucional, instrumento sin lugar a dudas de singular importancia para comprender el grado de independencia de estos órganos; la obligatoriedad de la participación de los consumidores en las decisiones que los afectan y el carácter del derecho de petición frente a los prestadores, lo cierto es que tal providencia no hace referencia directa al lugar que habrían de ocupar los actos de las comisiones dentro de la jerarquía normativa.

Pese a lo anterior, cabe rescatar, sobre el tema que nos ocupa, los siguientes apartes contenidos en la referida sentencia:

1 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-389 de 2002; M.P. Clara Inés Vargas Hernández

- Para el logro de los fines encomendados, “ (...) los órganos de regulación han de disponer de instrumentos adecuados a la especificidad de este tipo de intervención...”.
- “...(L)as leyes correspondientes pueden determinar el órgano que hará cumplir el régimen de las regulaciones o el mandato de intervención, su ámbito de acción, sus competencias, los fines que han de orientarlo así como los instrumentos para alcanzarlos. Al respecto, en el ámbito de los servicios públicos, el legislador dispone de un amplio margen para configurar el papel institucional del órgano de regulación que decida crear específicamente para el efecto”.
- “...(E)l legislador determinó el régimen de su prestación, adoptó un mandato de intervención y confió a unos órganos específicos, denominados comisiones de regulación, la responsabilidad de hacer cumplir el régimen legal. Por ello, la Corte recordará las características de la reserva de ley en materia de intervención estatal en la economía, en especial cuando ésta comprende la regulación de servicios públicos, puesto que, como se dijo, en estas materias, el legislador no está limitado a fijar un marco general sino que debe adoptar las decisiones necesarias para definir el régimen de la regulación”.
- “...(L)a Constitución extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos”.

Posteriormente, en la Sentencia T-720 de 2005, que interpretó la Sentencia C-1162 de 2000, referida arriba, señaló: “En todo caso cabe recordar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación este tipo de organismos sólo cuentan con una potestad reglamentaria residual y en ningún caso pueden regular materia que tiene reserva de ley” (subrayas fuera del texto original). Ello pese a que en la providencia interpretada por el juez de Tutela, expresamente se dice: “la regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente”.

Visto lo anterior y, atendiendo la definición consagrada en el numeral 14.18 del artículo 14 de la LSPD, la norma regulatoria, general o particular, tiene por virtud, lograr el sometimiento de las personas que prestan servicios

públicos "... a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos" y, en el entendido en que fue declarada exequible tal disposición por la H. Corte Constitucional², debe sujetarse no sólo a la Constitución y a la Ley, sino también a las disposiciones reglamentarias expedidas por el Presidente de la República en desarrollo de la facultad consagrada en el numeral 11 del artículo 189 constitucional.

De ello se tiene que, si bien es cierto que las disposiciones expedidas por las Comisiones de Regulación no provienen de la misma norma Constitucional que funda la potestad reglamentaria (numeral 11 del artículo 189 CPC), también lo es que jerárquicamente ocupan un lugar y un alcance similar. En efecto, dado que se trata de una "potestad reglamentaria residual", no es posible que las normas de las comisiones contraríen las normas expedidas por el Presidente de la República y, puesto que no tienen por sustento las disposiciones del numeral 11 del artículo 189 Constitucional, habrán de referirse a los asuntos respecto de los cuales opera la delegación constitucional, esto es, a los temas asignados a ella en la Ley 142 de 1994.

Pese a lo anterior, mediante sentencia del 5 de marzo de 2008, la sección tercera del Consejo de Estado, reivindicó el contenido de la Sentencia C-1162 de 2000, superada por lo señalado en la Sentencia C-150 de 2003. En efecto, el H. Consejo de Estado, a la vez que reiteró que el regulador no puede expedir disposiciones con fuerza de Ley, discusión superada hace varios años, hizo énfasis en que las Comisiones no cuentan con potestad reglamentaria, contradiciendo lo dicho por la Corte Constitucional, sobre la "potestad reglamentaria residual".

Hace consistir el Consejo de Estado la diferencia entre la potestad reglamentaria a cargo del Presidente de la República y la facultad de las Comisiones en el sentido de expedir normas de carácter general, además del origen constitucional de las facultades, en que, en el caso de la regulación siempre habrá de contarse con habilitación legal expresa para determinado tema, sin que sean suficientes para desarrollar las normas contenidas en la Ley 142 de 1994, los fines de la intervención estatal en los servicios públicos

2 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1162 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández.

y las funciones y facultades generales de las Comisiones, consagradas en los artículos 73 y 74 de la Ley de Servicios Públicos. Dicho de otra forma, para la Sección Tercera del Consejo de Estado, el regulador podrá expedir disposiciones de orden general, siempre y cuando exista una norma legal expresa que lo autorice para hacerlo.

La discusión de si se trata o no del ejercicio de la potestad reglamentaria aparece a nuestro juicio como un mero nominalismo, en el entendido que cualquier norma de carácter general, desarrolla preceptos legales, puesto que las entidades públicas titulares de determinadas facultades consagradas en la Ley, no hacen otra cosa que cumplir con la Ley, en calidad de operadores jurídicos. Un operador jurídico, ante un texto general, impersonal y abstracto, no podría hacer otra cosa que interpretar la Ley y lo que hace el Presidente de la República al ejercer la potestad reglamentaria, es interpretarla, para garantizar su cumplida ejecución³.

Pues bien, salvo que exista una disposición reglamentaria que interprete la Ley en determinado sentido, lo que hace cualquier entidad que, en cumplimiento sus funciones legales deba expedir actos de carácter general (e incluso particular) es interpretar el alcance que quiso dar el legislador al precepto legal, para un conglomerado de personas o circunstancias.

En el fallo en comento, el Consejo de Estado declaró la nulidad de una disposición expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, referida a la concurrencia de oferentes, por cuanto, pese a que en el artículo 35 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, se “...autoriza a las comisiones de regulación para exigir, por vía general, que los contratos de las empresas en cuestión, se celebren previa licitación pública, “o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes (...) la ley, aparte de mencionarlos, no define ni perfila esos procedimientos -que distingue de la conocida licitación pública- que puedan asegurar o estimular la concurrencia de oferentes; por ello, en la medida en

3 Sobre la potestad reglamentaria, dijo el Consejo de Estado, en Sentencia del 12 de junio de 1974: “Obviamente al ejercitar el gobierno esta facultad debe interpretar la ley que reglamenta porque determinar los caminos para su cumplida ejecución es tanto como explicar o determinar su sentido y principalmente los textos faltos de claridad”.

que resulte necesario dar contenido a esta disposición legal para su cumplida ejecución, debe hacerlo el gobierno a través de sus decretos, en virtud de la potestad reglamentaria de la ley, que le otorga el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política al Presidente de la República “.

Si bien es cierto que el H. Consejo de Estado fijó su posición sobre el titular de la facultad de determinar qué debe entenderse por “concurencia de oferentes”, también lo es que el debate académico sobre el alcance de esta discusión apenas comienza.

Es claro, como hemos dicho, que las funciones a cargo de las Comisiones de Regulación, deben ejercerse de acuerdo con las previsiones legales, empero consideramos con todo respeto que, a diferencia de lo señalado por el H. Consejo de Estado, en el caso de la definición del contorno de los procedimientos, diferentes a la licitación pública, destinados a promover la concurrencia de oferentes, el legislador atribuyó esa competencia a estos organismos.

En Sentencia 066 de 1997, la Corte Constitucional resumió como sigue, el debate sobre esta facultad:

“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. Dice el actor que tales disposiciones son inconstitucionales, pues “el legislador de la Ley 142 de 1994 le creó al Presidente de la República, para que la ejerciera a través de las Comisiones de Regulación, una COMPETENCIA para, so pretexto de ejercer “el control, la inspección y vigilancia” de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, REGLAMENTAR la GESTION CONTRACTUAL en dichas entidades. Sin embargo, ni expresa ni tácitamente dicha COMPETENCIA encuentra asidero en el artículo 370 de la Constitución Política”.

“En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero 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 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” (Subrayas fuera del texto original).

Según el principio del efecto útil, entre dos interpretaciones posibles de una norma, debe preferirse aquélla que produzca efectos. Así las cosas, el aparte en cuestión del artículo 35 de la Ley 142 de 1994, admite dos interpretaciones, a saber: Cuando las empresas de servicios públicos tengan posición dominante en un mercado y su principal actividad sea la distribución de bienes y servicios provistos por terceros y en otros contratos de servicios públicos, las Comisiones podrán exigir por vía general que se celebren previa licitación o a) por medio de otros procedimientos establecidos por otra autoridad que estimulen la concurrencia de oferentes; o b) por medio de otros procedimientos establecidos por las mismas comisiones, que estimulen la concurrencia de oferentes.

El H. Consejo de Estado se inclina por la opción a) e indica que la autoridad competente habría de ser el Titular de la potestad reglamentaria. Empero, si bien es cierto que el Gobierno Nacional podría expedir estas normas, también lo es que debería hacerlo por virtud de las facultades consagradas en el artículo 370 constitucional, esto es, en virtud de su potestad de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos.

Las razones que sustentan nuestra tesis se resumen como sigue: i) la norma que establece la posibilidad de que existan otros procedimientos que promuevan la concurrencia de oferentes es la Ley 142 de 1994, norma que tiene el carácter de Ley de Intervención Económica, razón por la cual debe apreciarse siempre desde el cristal que brinda la ciencia económica; ii) La Ley 142 de 1994, desarrolla las previsiones constitucionales en materia de servicios públicos, entre ellas la consagrada en el artículo 370; iii) El artículo 158 de la Carta Política establece que “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”; iv) El artículo 35 tiene por finalidad “dirigir” los contratos de las empresas de servicios públicos cuando las comisiones consideren que es necesario para asegurar el cumplimiento de algunos de los fines de la ley de servicios públicos y no de otra disposición legal; v) De considerarse que lo que se reglamenta es una norma contractual simple, su desarrollo debería hacerse a través de la potestad reglamentaria, sin embargo por el principio de unidad de materia referido atrás, el legislador sólo podría incluir dentro de la Ley 142 de 1994, normas de servicios públicos; vi) Como quiera que se trata de una norma contractual en materia de servicios públicos, cuyo fin es asegurar el control de eficiencia de los servicios públicos, es menester hacer uso de la facultad consagrada en el artículo 370 constitucional y no de la consagrada en el numeral 11 del artículo 189 constitucional.

Con posterioridad, mediante Sentencia del 30 de abril de 2009, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución CRA 245 de 2003, con argumentos similares a los establecidos en la providencia comentada anteriormente.

En esta oportunidad, el H. Consejo de Estado desentraña el alcance de uso común de la expresión “regular”, asimilándolo a “producción de normas jurídicas” y, en ese sentido recuerda todos los órganos encargados de expedir este tipo de “regulaciones”, incluyendo, además del Congreso, a “determinadas autoridades administrativas, debiendo aclararse en todo caso que su ejercicio es catalogado como una expresión más de la función administrativa del Estado y no como una función de naturaleza legislativa como podría llegar a pensarse”.

En la misma providencia señala el Alto Tribunal: “Al socaire de tales postulados la regulación de los servicios públicos por parte de las Comisiones de Regulación, se erige entonces en un mecanismo orientado a optimizar la prestación de eficiente (SIC) de los servicios públicos y a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad”. Acertadamente recuerda el H. Consejo de Estado que “...bajo esta perspectiva el vocablo “regulación” adquiere entonces una connotación mucho más dilatada y omnicomprendensiva que desborda el mero concepto de “producción normativa”, para abarcar o comprender también, con mayor amplitud, la intervención orientada a corregir las “fallas del mercado”...”.

De manera mucho más amplia y precisa que en la providencia anterior, el Consejo de Estado indica: “Pues bien, cuando las normas precitadas hacen referencia a la función de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, únicamente están haciendo mención, en términos generales, a la facultad de definir y adoptar las directrices, orientaciones, criterios y lineamientos que se estimen necesarios para encauzar el curso futuro de las actividades de quienes se ocupan de la prestación del servicio, en pos de la consecución de unos resultados específicos que se traducen en la ampliación de las coberturas, en el mejoramiento de la eficiencia y la calidad de los mismos y en la correlativa satisfacción de las necesidades de la comunidad en materia de suministro de agua y saneamiento básico”.

Esta argumentación sirvió para concluir que las disposiciones consagradas en la Resolución 245 de 2003, carecían de sustento legal, en la medida que las Comisiones no cuentan con una delegación de la potestad reglamentaria, olvidando que en la citada norma sólo se transcribía el procedimiento consagrado en la Ley 142 de 1994 y en el Código Contencioso Administrativo, sin que se tratara de una norma jurídica novedosa u original, sino de la simple recopilación (no de una compilación) de disposiciones de diversos ordenamientos que bien hubieran podido incluirse en otro acto administrativo, como una circular, un instructivo un documento guía que permitiera privilegiar la seguridad jurídica de los administrados.

5. La Protección de los Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios.

5.1 Consideraciones preliminares.

La Ley 142 de 1994, contiene una amplia definición de competencias de las Comisiones de Regulación, sin embargo, estamos persuadidos de que estas facultades pueden agruparse de manera simple en dos objetivos fundamentales, a saber: promover la eficiencia económica a partir del reconocimiento de la competencia entre prestadores como instrumento para asegurar la viabilidad empresarial y, mejorar las condiciones de calidad y precio para los usuarios. Por otra parte, la Ley concede al regulador la facultad de establecer criterios generales sobre abuso de posición dominante y protección de los derechos de los usuarios del sistema.

Nótese entonces que, cualquier aproximación al estudio de los servicios públicos habría de desarrollarse desde dos perspectivas: la que implica el deber ser de la norma jurídica y la económica. Dicho de otra forma, la regulación de los servicios públicos debe partir del conocimiento de los elementos económicos de la realidad para que, en el entendido de que los sujetos regulados son agentes económicos racionales, a través del diseño de normas jurídicas, se pueda modificar sus actuaciones, bien sea permitiendo, ordenando o prohibiendo determinadas conductas o generando rentas que induzcan a los agentes a preferir un camino más rentable que otro. El

reto será entonces que la decisión más rentable para los consumidores o usuarios, también lo sea para las empresas que prestan servicios públicos. En este sentido, la aproximación a una regulación optima solo se puede apreciar, estudiar y, -nos atrevemos a decirlo- diseñar, desde lo que se ha llamado “análisis económico del derecho”.

En suma y, desde el punto de vista jurídico, la regulación tiene por objeto la consecución el bien común¹.

Ello es tan cierto que, incluso el legislador quiso confundir (art. 14 de la Ley 142 de 1994) el abuso de posición dominante de una empresa con sus competidores o potenciales competidores, con el que podría ejercer la empresa en virtud de la posición de dominio con sus clientes, derivada de los contratos de adhesión, en nuestro caso, de los contratos de servicios públicos.

Ambas aproximaciones, aunque parecieran separadas por un abismo insalvable, se encuentran indefectiblemente en el concepto de abuso del derecho. No basta entonces cumplir formalmente la Ley; es necesario también que el ejercicio del derecho sea justo, esto es, que no se convierta en instrumento de abuso.

5.2 Especialidad del contrato de servicios públicos: es un contrato dirigido, consensual y de adhesión.

La Ley 142 de 1994, contiene previsiones relativas al abuso de posición dominante en el mercado y al abuso de posición dominante que podría ejercer una empresa sobre sus suscriptores o usuarios en virtud del contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes², dejando al operador jurídico, en algunos casos, ante la dificultad de determinar, a partir de la racionalidad del instrumento del que se trate, a cuál clase de abuso se hace referencia³.

1 NIETO NAVIA, Rafael. El Bien Común. Fundación Centro de Estudios Sociales Juan Pablo II. Bogotá, 1989.

2 A este tipo de abuso se le denomina también “abuso de posición dominante contractual”.

3 Ver referencia al abuso de posición dominante, además del artículo 133, en los artículos 11.1, 34.6, 73, 74.2.a, 86.3 y Par. Art. 87 de la Ley 142 de 1994.

Se trata en el caso objeto de estudio, de la presencia de cláusulas abusivas en los contratos de servicios públicos, situación que se aleja sustancialmente de las previsiones propias del derecho de la competencia, encargado de reprimir o evitar las acciones de una empresa con alto grado de poder de mercado, para impedir la entrada o reducir la cuota de otra empresa o, incluso, retirar a su competidor del mercado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, el contrato de servicios públicos es uniforme y consensual⁴. El carácter de uniforme deriva de las idénticas estipulaciones para un gran número de usuarios y la consensualidad implica que su perfeccionamiento se produce con la mera expresión de voluntad⁵.

Como recuerda Alfredo BULLARD⁶, en relación con los contratos existen dos libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. Para este profesor peruano, la libertad de contratar es la facultad que tienen las partes para elegir cuándo y con quién celebrar un contrato. La libertad contractual, por su parte, está referida al contenido mismo de las condiciones contractuales que se incorporan a la relación jurídica que se instaura entre las partes, por lo que para BULLARD, en un mercado que funciona perfectamente, sólo es necesaria la libertad de contratar. Sin embargo, no está de más recordar que el de los servicios públicos domiciliarios, no suele ser un mercado en el que existan muchos vendedores y muchos compradores, no suele existir libertad de entrada y de salida y, tampoco se evidencia información completa a disposición del consumidor, por lo cual no se puede predicar, la existencia de características propias de un mercado en competencia perfecta.

4 En adición cabe señalar dentro de las características de este tipo de actos, que se trata de contratos bilaterales (art. 1496 C.C.), onerosos (art. 1497 C.C.), conmutativo (art. 1498 C.C.) y principal (art. 1499 C.C.).

5 CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1500.—El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

6 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales. Editorial Palestra. Lima, 2003.

En el caso del agua potable, por ejemplo, se trata de un servicio sin sustituto cercano⁷ y, a la vez, indispensable para la vida; razón por la cual la libertad de contratar se encuentra seriamente limitada para el potencial suscriptor o usuario, con lo cual, el carácter consensual resultaría también, al menos en apariencia, seriamente menguado.

No se trata aquí de la discusión de si una persona que debe viajar acepta o no un contrato, como sucede en el caso de un contrato de adhesión de transporte aéreo. En este tipo de transporte suele existir competencia y, a la vez, sustitutos cercanos como el transporte terrestre, marítimo o fluvial; incluso podría decirse que existe la posibilidad de no adquirir el servicio. En los servicios públicos, especialmente en los de acueducto y alcantarillado, no es dado normalmente al suscriptor, contratar con otro prestador u optar por otro bien que le garantice la misma o similar satisfacción. En otras palabras, no existe la opción de “tómelo o déjelo”.

Por otra parte y en relación con la libertad contractual, en el caso de los contratos de servicios públicos o de condiciones uniformes, no puede hablarse de la existencia de “un acuerdo de voluntades ideal en el que las dos partes, exactamente iguales y libres, discuten autónomamente su objeto y luego detallan del mismo modo sus cláusulas”⁸.

Empero, la Corte Constitucional⁹ ha señalado incluso, en los términos siguientes, que la discusión libre¹⁰ de las cláusulas de los contratos de servicios públicos o contratos de condiciones uniformes, podría vulnerar la Carta Política:

7 La excepción a esta afirmación se encuentra en los casos de los productores marginales, definidos mediante numeral 14.15 del artículo 14 de la LSPD, como las personas naturales o jurídicas que deseen “...utilizar sus propios recursos para producir los bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta principalmente por quienes tienen vinculación económica con ella o por sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal”. En todo caso, los productores marginales en el caso de acueducto y saneamiento básico, deberán someterse a las previsiones del parágrafo del artículo 16 ibídem, de manera que, de existir servicios disponibles, la única forma de conservar su carácter será demostrar ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que disponen de alternativas que no perjudican a la comunidad.

8 EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1980. Página 79.

9 Corte Constitucional. Ib.

10 La LSPD deja abierta la posibilidad de que se pacten cláusulas especiales dentro del contrato de servicios públicos. En su artículo 128 se prevé que existe contrato de servicios públicos, aunque algunas disposiciones contractuales sean el resultado de acuerdos especiales con determinado suscriptor, y en el artículo 132 se establece que tales contratos se regirán por dicha ley, “por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios”, por las condiciones uniformes y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

“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”.

Así, parecería que los caracteres de uniformidad y de consensualidad, pugnan entre si, en tanto que la expresión de voluntad se ve limitada por el carácter uniforme del contrato y, a la vez, por la dificultad de contar, en algunos servicios públicos domiciliarios, con un sustituto cercano.

Para algunos autores, la ausencia de discusión respecto de las cláusulas contractuales, derivada del mayor poder que detenta uno de los contratantes, implicaría la inexistencia de contrato en razón a que consideran que no existe consentimiento, evento en el cual se estaría frente a un acto unilateral. Ante esta crítica el profesor EMILIANI responde:

“...de una ficción eglógica del contrato, no pueden desprenderse conclusiones tan radicales. Lo cierto es que nunca ha existido esa igualdad económica o social entre los contratantes, ni mucho menos la plena libertad de discusión, sin que por ello se pensara que en tales supuestos no había contrato por no ser posible el acuerdo, sino la imposición.

(...)

“Ni es del caso tampoco suponer que no puede haber acuerdo donde no hay oportunidad de plena libertad de discusión, fundamentalmente porque quien contrata no es solo porque quiere, sino porque necesita

contratar, limitándose automáticamente su libertad en diversos grados y porque en los llamados contratos de adhesión siempre se tiene la libertad de no contratar”¹¹.

En similares términos se expresó la Honorable Corte Constitucional¹² respecto del Contrato de Servicios Públicos:

“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”.

De esta forma, las limitaciones a la libertad de contratar y a la libertad contractual que se han resaltado, ha llamado la atención del legislador, de manera que, en un esfuerzo por equilibrar las cargas que las necesidades contractuales propias de los servicios públicos domiciliarios, imponen a las partes contratantes, la ley de servicios públicos ha establecido numerosos e importantes elementos que delimitan el alcance de contrato de servicios públicos, hasta el punto que es dado predicar que nos encontramos frente a uno de los llamados, “contratos dirigidos”, expresión esta acuñada por JOSSERAND.

En efecto, el profesor EMILIANI señala que el contrato de servicios públicos no es un contrato de adhesión sino una especie de este que denomina “contrato administrativo”¹³ o “contrato dirigido”, cuyas diferencias fundamentales con los primeros, radican en que los contratos dirigidos “consisten en la prestación de un servicio público” y “no hay acuerdo de voluntades sobre las diferentes condiciones de dicha prestación, pues ella

11 EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Op. Cit. Página 80.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 La referencia a los contratos administrativos habrá de asumirse de acuerdo con la época de publicación del texto del profesor EMILIANI, en todo caso anterior a la expedición de la LSPD y, además, de acuerdo con el modelo tradicional del servicio público de origen jurisprudencial y doctrinario, expresado a través de las obras de Duguit, Jèze y Hariou, entre otros. Como lo señala Miguel Ángel Sendín García, en su obra “HACIA UN SERVICIO PÚBLICO EUROPEO. El nuevo derecho de los servicios públicos”, estos tres doctrinantes, “acaban uniendo indisolublemente dos elementos: servicio público y procedimiento de derecho público-exorbitancia de derecho común”.

se rige por el reglamento del Estado, que este, además puede cambiar cada vez que las necesidades sociales lo exijan”.

Ahora bien, aunque el profesor EMILIANI indica que en el caso del “contrato dirigido”¹⁴, siempre podrá haber variación de las condiciones iniciales del contrato, ello no quiere decir que sea una de las partes del contrato quien determine el cambio. Esta posibilidad no implica una facultad graciosa para que los prestadores cambien las condiciones del contrato, sino la facultad, propia del Estado, de modificar las condiciones contenidas en la Ley, a través de la decisión del órgano competente. Expresamente, la el numeral 133.2 del artículo 133 de la LSPD se encarga de aclarar este asunto, al incluir en la lista de cláusulas abusivas, a aquéllas 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 éste o a fuerza mayor o caso fortuito”¹⁵ (subrayado).

De esta forma, el contrato de servicios públicos, en virtud de las disposiciones legales, habrá de contener estipulaciones tendientes a garantizar el equilibrio contractual. En tal virtud, el prestador de servicios públicos cuenta con unas facultades especiales. Dentro de estas disposiciones dirigidas a “proteger” al prestador del servicio, cabe citar:

- i. Las condiciones del contrato de servicios públicos son definidas por la empresa (arts. 128, 129 y 132 de la LSPD).

14 Para ALESSANDRI, el contrato dirigido “...es aquél reglamentado y fiscalizado por los Poderes Públicos, en su formación, ejecución y duración”. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. El Contrato Dirigido. En “Anales de la Facultad de Derecho”, Volumen VI. Santiago de Chile, Enero a Diciembre de 1940. Universidad de Chile. No. 21 -24.

15 Sin embargo, de la lectura de los numerales 133.2 y 133.13 del artículo 133 de la Ley 142 de 1994, se colige la posibilidad de que la empresa, excepcionalmente, cambie las condiciones contractuales cuando: 1. No sólo tenga en cuenta sus intereses (numeral 133.13) y 2. Por incumplimiento del suscriptor o usuario (numeral 133.2) o 3. Por caso fortuito y fuerza mayor (numeral 133.2). Similar tesis es sostenida por Juan Pablo CÁRDENAS, quien señala: “Por lo demás, la Ley 142 de 1994 al regular las **cláusulas abusivas** incluye entre ellas las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones, cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa, lo cual implica que el legislador reconoce un cierto poder de modificación. Por lo demás, la práctica reconoce en ciertos contratos la facultad para quien encarga una obra de dar ciertas instrucciones, siempre y cuando ello no afecte el objeto mismo del contrato y no afecten al contratista”. NECESIDAD E IMPORTANCIA DE LA EXISTENCIA DE UNA LEGISLACIÓN ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL. CRITERIOS QUE LA JUSTIFICAN. Juan Pablo Cárdenas Mejía. Disponible en http://200.31.69.10/ArchivosWeb/Direccion_General/Renovacion_Estado/Reforma_Contratacion_Publica/Documentacion/Mision_Contratacion/Informes/Juan_cardenas.pdf

- ii. Pueden existir estipulaciones no escritas hacen parte del contrato por el hecho de que la empresa las aplique “de manera uniforme en la prestación del servicio” (art. 128 de la LSPD).
- iii. La existencia del contrato comienza en el momento en que la empresa establece las condiciones uniformes y quien solicita el servicio y su inmueble, se encuentran en las condiciones definidas por la propia empresa (art. 129 LSPD).
- iv. Cuando se enajenan inmuebles, el contrato de servicios públicos se entiende cedido al nuevo propietario (art. 129).
- v. El propietario y quien ejerza el derecho de uso sobre el inmueble, son solidarios en el pago de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio (art. 130 LSPD)¹⁶.
- vi. Las facturas pueden ser cobradas por vía ejecutiva, siempre y cuando cuenten con la firma del representante legal de la empresa (art.130 de la LSPD).
- vii. La presunción de abuso de las cláusulas abusivas puede ser desvirtuada si se demuestra equilibrio con obligaciones adicionales de la empresa (art. 133 LSPD).
- viii. En caso de anularse alguna cláusula del contrato de condiciones uniformes, por ser equivalente a las establecidas en la lista del artículo 133, el resto del contrato permanecerá incólume.

A la par, existen disposiciones legales en favor de los suscriptores. Entre esos instrumentos legales, se encuentran los siguientes:

- i. Puede haber disposiciones especiales, pactadas entre la empresa y el usuario (arts. 128 y 132 de la LSPD).
- ii. Cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de manera permanente un inmueble, tiene derecho a ser parte del contrato de servicios públicos (art. 134 LSPD).
- iii. Las comisiones pueden señalar los casos en los cuales los suscriptores pueden liberarse de manera permanente o temporal del las obligaciones contractuales (art. 128 LSPD).

¹⁶ Mediante artículo 15 de la Ley 820 de 2003, se estableció la posibilidad de que el arrendador exija al arrendatario, la constitución de un seguro que cubra el no pago de los servicios públicos.

- iv. Las comisiones tienen, dentro de sus funciones, la de establecer criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos y sobre protección a los usuarios.
- v. Existe el deber a cargo de los prestadores, de informar sobre las condiciones uniformes a los usuarios y, en el caso de desatender una solicitud de un usuario en el sentido de suministrarle copia de las mismas, se generaría la nulidad relativa del contrato correspondiente (art. 131 LSP).
- vi. Prelación de las disposiciones especiales de los contratos sobre las condiciones uniformes contenidas en los mismos (art. 132 LSPD).

También es necesario tener en cuenta que, en épocas anteriores a la vigencia de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y de las disposiciones sobre protección a los consumidores, la doctrina y la jurisprudencia elaboraron la estructura de protección frente al abuso en materia contractual, a partir de las normas del derecho común. Estas disposiciones del derecho común, aún hoy son aplicables a los contratos de adhesión y, dentro de ellos, a los contratos de servicios públicos por remisión expresa del artículo 128 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

Sobre la aplicación de estas disposiciones propias del derecho civil, dijo la Honorable Corte Suprema de Justicia:

“(...)constituyen ellos un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los actos 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 la intención del adherente”¹⁷.

17 Referencia hecha en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 8/74

Dentro de estas normas¹⁸, cobra especial relevancia la consagrada en el artículo 1624 del Código Civil, que prevé que las cláusulas ambiguas que se incluyan en los contratos, serán interpretadas contra la parte que escribió el contrato¹⁹.

Sin embargo, la previsión, a nuestro juicio, más importante en favor de los suscriptores o usuarios de servicios públicos, es la lista de cláusulas prohibidas consagrada en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, disposición a la que haremos referencia más adelante.

5.3 El Contrato de servicios públicos como alternativa económica más eficiente.

En términos generales, se reconoce que la existencia de contratos con las características del Contrato de Servicios Públicos, brinda beneficios económicos para las partes, toda vez que les permite reglar las situaciones contractuales, distribuir riesgos y, particularmente por su carácter de contratos de adhesión, reducir los costos de negociación.

El análisis económico del derecho contractual²⁰ reconoce que si bien los contratos de adhesión reducen el alcance de la negociación, también pueden promover la eficiencia en dos formas. En primer lugar, incentivando la competencia al reducir la diferenciación del producto, concentrándola principalmente en aspectos de precio. Sin embargo, como se ha señalado antes, tal competencia no es posible en el caso de los servicios de acueducto y alcantarillado. En segundo lugar, mediante estos contratos, se reducen los costos de transacción, toda vez que se disminuye el número de los términos que requieren ser redactados, negociados y convenidos por las partes.

Sobre este particular, debemos recordar los postulados de Ronald Coase en relación con los *costos transacción*. En el contexto del derecho

18 También son aplicables las siguientes disposiciones generales sobre contratos del Código Civil: Aplicación de términos generales a la materia del contrato (art. 1619 del Código Civil); interpretación de cláusulas que producen efecto (art. 1620 C.C.); interpretación del contrato según su naturaleza (1621 C.C.); presunción de cláusulas de uso común no expresadas (art. 1621 C.C.); interpretación sistemática de cláusulas (art. 1622 C.C.); interpretación extensiva de ejemplos (art. 1623 C.C.); interpretación a favor del deudor (art. 1624 C.C.).

19 Tal disposición tiene origen en el principio según el cual, "*Verba fortius accipiuntur contra proferentem*".

20 Ver Cooter, R. y Ulen, T. (1998) Derecho y economía. Fondo de Cultura Económica.

contractual, los costos de transacción en la celebración de un contrato están dados por los costos de búsqueda de socios, la negociación de los términos, la redacción del contrato y su cumplimiento, además del esfuerzo en tiempo y conocimientos para la elaboración del mismo. Se trata por tanto de costos que se ven altamente minimizados en el caso del contrato de servicios públicos, por su condición de contrato de adhesión.

Para COASE, las partes racionales elaborarán un contrato perfecto cuando los costos de transacción sean nulos. En este caso, el contrato será completo, porque la negociación de términos adicionales no cuesta nada. De esta manera, bajo el escenario de costos de transacción nulos, el contrato será eficiente porque los derechos se asignan a la parte que lo valore más y cada riesgo se asigna a la parte que pueda asumirlo al menor costo²¹.

El anterior sería el escenario ante la ausencia de costos de transacción, sin embargo, como ya se mencionó antes, en el caso de los contratos de adhesión los costos de transacción se minimizan pero no desaparecen. Por lo tanto, difícilmente tendremos contratos de condiciones uniformes completos y plenamente eficientes.

La reducción de los costos de transacción, representa una ganancia bilateral. Para el prestador porque la predisposición unilateral de las cláusulas contractuales facilita su inclusión en un sinnúmero de contratos y de esta manera, permiten llevar a cabo una mayor cantidad de operaciones al menor tiempo y al menor costo posible.

Para el suscriptor o usuario las ganancias están dadas por la reducción en los costos por información asimétrica. Como lo señala Verónica María Laura GLIBOTA, “Los costes que para el consumidor podrían devenir de informarse acerca de cada una de las condiciones generales y su comparación con otras ofrecidas en el Mercado, harían caer por tierra sus beneficios a la hora de adquirir el bien pretendido al menor precio. De

21 Ibidem p. 266

hecho, muchas veces, los costes de informarse podrían llegar a exceder en mucho el valor del propio bien”²².

Al contarse con un solo contrato para todos los suscriptores o usuarios de un mismo municipio, bastará con conocer los términos de uno para conocer los de todos, lo cual resulta altamente relevante, en especial para las asociaciones de usuarios o consumidores.

De esta forma, en un escenario en el que no existiera una disposición legal que hiciera necesaria la uniformidad de los contratos, sería previsible la renuncia, tanto por el prestador como por el suscriptor o usuario, a contratar usando el mecanismo de negociación bilateral.

5.4 El fundamento económico de la intervención estatal en materia de cláusulas abusivas en los contratos de servicios públicos.

De las características propias de los contratos de adhesión, se colige la posibilidad de que la parte que establece las cláusulas contractuales, asuma una posición de monopolio y pretenda abusar de la misma, mediante la inclusión unilateral de cláusulas abusivas en aspectos determinantes del contrato.

Para POSNER, citado por BOULLARD²³, esta conclusión resulta improbable sobre el entendido de que la actuación del monopolista se limitaría a establecer precios más altos. En un sentido similar señala BULLARD²⁴, “El monopolista quiere dar al consumidor exactamente lo que el consumidor quiere, es decir productos de buena calidad a condiciones razonables. La diferencia es que el monopolista va a cargar un precio por encima de aquel que determinaría el mercado bajo condiciones de competencia. En segundo lugar el monopolista tiene un cierto interés

22 GLIBOTA LANDRIEL. Verónica María Laura. “Algunos fundamentos para entender la ineficacia del mercado como mecanismo de regulación del contenido de las condiciones generales de la contratación, a la luz de la teoría del análisis económico del derecho” en la Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del Nordeste. Buenos Aires, Argentina. Disponible en <http://eco.unne.edu.ar/revista/01/04.pdf>

23 Op. Cit., página 347.

24 Ib.

en negociar el contrato, pues eso le permite conocer las preferencias particulares de cada uno de los consumidores y, por esa vía, llevar a cabo prácticas de discriminación de precios”²⁵.

Sin embargo, tratándose de servicios públicos en los que no existe competencia por su carácter de monopolios naturales, tampoco se evidencia incentivo alguno para que quien presta el servicio ofrezca mejores condiciones de precio o del clausulado del contrato de servicios públicos. Así, la ausencia de competencia, se evidencia no solo como justificación de la regulación económica, sino como sustento de las facultades estatales en materia de protección al consumidor.

Ahora bien, en un servicio como el de aseo, en el que puede existir competencia dentro del mercado, igualmente resulta poco previsible la competencia entre empresas para ofrecer un mejor clausulado a los suscriptores o usuarios. De existir una metodología tarifaria adecuada, la competencia se produciría solamente por precios, dado que es difícil lograr la diferenciación en cuanto a calidad en el caso de este servicio²⁶. En este orden de ideas, la competencia por precios, haría irrelevante para el suscriptor o usuario, una eventual competencia por mejores condiciones en el clausulado del contrato de condiciones uniformes.

Tomando en cuenta la anterior precisión, es posible afirmar que ante el escenario de un contrato monopólico, las condiciones impuestas por la empresa equivaldrían a las rentas que el monopolio le provee al monopolista, lo que en términos económicos significaría el establecimiento de un precio superior al costo marginal (precio que obtendría bajo competencia perfecta).

25 Otros autores consideran que, por razones similares, debe existir una absoluta separación entre las disposiciones en materia de derechos del consumidor y las relativas al derecho de la competencia, sobre el entendido de que ambas ramas del derecho asumen la prevención y represión de conductas económicas indeseables pero diferentes. Así por ejemplo, mediante los derechos de los consumidores se pretende solucionar problemas de información imperfecta y asimetría de información, mientras que el derecho de la competencia asume la defensa del mercado ante el poder de mercado. Nosotros, aunque respaldamos esta tesis, entendemos que existe cierta relación entre el poder de mercado y la tendencia a establecer cláusulas abusivas. Sobre el particular ver GÓMEZ POMAR, Fernando. *Working Paper* No 113. *Universitat Pompeu Fabra*. Barcelona, enero de 2003. Disponible en <http://www.indret.com>.

26 Debe recordarse además que la diferenciación del servicio encuentra serias limitaciones por la disposición contenida en el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley 142 de 1994 que proscribe la prestación gratuita o a tarifas o precios inferiores a los costos, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa.

Esto significa que existe la posibilidad de que el prestador establezca unas condiciones contractuales que le provean ganancias superiores a las que obtendría de existir competencia en el mercado, esto es, en el evento de que fuera posible la negociación entre las partes.

Dicho de otra forma, siendo el prestador del servicio un agente racional, buscará maximizar sus utilidades a través del precio o tarifa y mediante cláusulas contractuales que le sean más favorables.

Aparece así con claridad, la razón económica que induce al Estado, a través del poder legislativo, a reprimir las cláusulas abusivas y, mediante las Comisiones de Regulación, a establecer criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos.

5.5 La posibilidad de abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos y su prevención a través de "listas grises" y de "listas negras".

Resulta claro entonces, que por su carácter de contratos de adhesión y en virtud de las especiales características de los servicios públicos, en los contratos de servicios públicos o contratos de condiciones uniformes, es necesaria la intervención estatal, mediante decisiones de la rama legislativa del poder público, acciones de la rama ejecutiva y decisiones de la judicial, tendientes a asegurar el debido equilibrio entre las partes contratantes.

En especial, mediante decisiones legislativas, el derecho comparado cuenta con numerosas experiencias sobre la materia, sin que la doctrina internacional y, aún las legislaciones que han atendido el asunto, lleguen a una conclusión unívoca sobre el concepto de cláusulas abusivas.

Como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia²⁷, en los contratos que se desarrollan "...a través de la adhesión a condiciones generales de contratación...", la legislación y la doctrina comparadas han establecido tradicionalmente disposiciones tendientes a eliminar aquéllas cláusulas

27 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670.

dirigidas a favorecer a la parte contratante que las establece, en detrimento de los intereses y derechos del otro contratante.

Una de las formas más efectivas para eliminarlas es la consagración de listas de cláusulas abusivas. Este tipo de listas es relativamente nuevo en la legislación universal. Cabe citar como antecedentes de este sistema legislativo, a la Ley danesa de 1974 sobre prácticas comerciales, a la ley alemana de 1976 (“AGB-Gesetz”), y a la ley inglesa de 1977 sobre términos desleales en los contratos.

Sin embargo, la tendencia europea a establecer este tipo de disposiciones partió de la recomendación impartida por el Consejo de Europa mediante Resolución 76 del 16 de noviembre de 1976. El esfuerzo comunitario en el desarrollo de estos asuntos, tuvo como resultado importante, la expedición de la Directiva 93/13/CEE del 5 de abril de 1993, cuyo objetivo primordial fue “aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. Tal aproximación entre las disposiciones de los Estados miembros suponía la represión de las cláusulas abusivas mediante “normas uniformes”.

En la citada directiva se consagró un listado de cláusulas potencialmente abusivas. La potencialidad de abuso o no, dependerá de que las mismas generen, en detrimento del consumidor, un “desequilibrio importante” entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, “pese a los postulados de la buena fe”. A este tipo de consagración legal, en el que, además de no establecerse un listado taxativo y diferirse el carácter de abusivo o no al análisis sobre el desequilibrio contractual entre los contratantes, la doctrina ha llamado “listas grises” o lista de “cláusulas relativamente prohibidas”, cuyo carácter es eminentemente indicativo. En contraposición, las “listas negras” contienen la enumeración de “cláusulas totalmente prohibidas”, con carácter imperativo.

A nuestro juicio la consagración de “listas grises” puede resultar en la relativización del listado de cláusulas abusivas y con ella, a la pérdida de efectividad de la represión perseguida por el legislador.

Ello porque no bastaría haber consagrado una cláusula prohibida dentro del contrato, sino que además, habría de incurrirse en otros tipos de conductas que induzcan al operador jurídico encargado de reprimirlas (desde su especial punto de vista) a considerar si con la cláusula y, dentro de la totalidad del contrato, se genera efectivamente el desequilibrio²⁸.

Quizá por ello, en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” se recomienda respecto de la directiva de la Comunidad Económica Europea citada atrás, la consagración de una lista negra de cláusulas que “siempre serán consideradas abusivas, sin entrar a considerar ninguna otra circunstancia concreta del contrato o de los contratantes”²⁹.

5.6 La lista de cláusulas contractuales abusivas contenida en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 es “negra” o “gris”? Implicaciones de esta diferenciación.

En el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, se establece un listado de cláusulas que, en caso de existir, haría presumir al juzgador la existencia de abuso de posición dominante por parte de la empresa de servicios públicos.

Las presunciones tienen la virtud de eximir de la carga de la prueba a quien las alega en su favor³⁰. Las presunciones son de dos clases, *juris tantum* y *juris et de jure*. Las últimas, conocidas también como presunciones de derecho, no admiten prueba en contrario, mientras que, en el caso de

28 LARROUMET opina lo contrario puesto que, “...un sistema de enumeración limita en forma considerable el amparo contra las cláusulas abusivas. Su única ventaja está en evitar el arbitrio del juez. Sin embargo, este podría evitarse gracias a un control de las decisiones de justicia por parte de la Corte Suprema, a la luz de una definición legal precisa, de la cláusula abusiva”. LARROUMET, Christian. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS ESTIPULADAS EN LOS CONTRATOS EN DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y EN DERECHO FRANCÉS. Artículo publicado en POLÍTICA Y DERECHO DEL CONSUMO. Bibliotheca Millenio. Colección de derecho económico y de los negocios. Superintendencia de Industria y Comercio. El Navegante Editores. Bogotá, Colombia. Julio de 1998, página 170.

29 Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. Diario Oficial n° C 116 de 20/04/2001 p. 0117 - 0127

30 Ver Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Junio 30 de 1939.

las presunciones *juris tantum*, o legales, “hay unas que admiten toda clase de pruebas en contrario y otras que no admiten sino pruebas determinadas y especiales”³¹

De conformidad con lo establecido en el artículo 66 del Código Civil colombiano, “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas” y, en virtud del mismo artículo, cuando “según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

La presunción de cláusulas abusivas del artículo 133 de la Ley 142 de 1994, no es de derecho en virtud de la posibilidad de desvirtuarla, establecida la misma disposición.

Según esta disposición, la presunción puede desvirtuarse en dos casos, a saber:

- a. Cuando “al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa” y,
- b. “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”.

La primera forma de desvirtuar la presunción resulta a nuestro juicio bastante subjetiva, toda vez que las obligaciones propias de un contrato de servicios públicos pueden resultar en extremo diversas. En este caso, el juzgador deberá determinar el equilibrio entre derechos y obligaciones similares.

El segundo evento debe estudiarse con mayor detenimiento. Como hemos dicho, esta posibilidad de desvirtuar la presunción de abuso de posición dominante, supone la existencia de “permiso expreso” por parte

31 Corte Suprema de Justicia. Op. Cit.

de la comisión, permiso que no puede confundirse, en ningún caso, con el concepto previo a cargo de las Comisiones de regulación, al que se hace referencia en el numeral 73.10 del artículo 73 y en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994³².

El “permiso expreso” se reduce a dos casos en los cuales el legislador quiso que se acudiera a la Comisión para que ella revisara cada caso específico y determinara si autorizaba o no la inclusión de la cláusula en cuestión. Estos dos casos son las excepciones a los principios consagrados en los numerales 133.5³³ y 133.21³⁴ de la Ley 142 de 1994, referidas a la posibilidad de que la empresa impida, previa autorización de la comisión, que quien adquiera el bien o servicio a una tarifa dirigida a determinada clase de suscriptor o usuario o sujeta a subsidios, revenda el bien o servicio a personas que o hubieren recibido a una tarifa o con un subsidio diferente y, a la posibilidad de que la empresa, también con autorización expresa de la comisión, establezca un término de preaviso superior a dos meses.

De lo expuesto se tiene que la lista de cláusulas abusivas contenida en la ley 142 de 1994, es una lista gris, toda vez que se trata de una enumeración con carácter indicativo y no imperativo, de manera que podría desvirtuarse una vez se den las condiciones previstas por el legislador.

5.7 Las cláusulas de la “lista gris” de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

En atención al bien jurídico tutelado por la lista consagrada en el artículo 133 de la LSPD, es posible clasificar las cláusulas abusivas como sigue:

6.1. Las que limitan la autonomía de la voluntad del suscriptor o usuario (num. 133.2; 133.3; 133.7; 133.9; 133.13, y 133.14)

32 Sobre este tipo de confusión, ver artículo “LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE”, publicado en el “Diario Portafolio” de Bogotá, del día 2 de agosto de 2005, disponible en http://www.portafolio.com.co/port_secc_online/porta_ana_online/2005-08-01/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-2166271.html

33 Ley 142 de 1994. “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 sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto”.

34 Ley 142 de 1994. 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.

6.2. Las que limitan el alcance de los derechos del suscriptor o usuario (num. 133.1; 133.6; 133.12; 133.15; literales a y b del numeral 133.16; 133.18; 133.22; 133.23; 133.24; 133.25 y, 133.26).

6.3. Las que limitan el derecho al debido proceso (num. 133.1; 133.8; 133.10; 133.11; 133.15; literal c del numeral 133.16, y 133.17).

6.4. Las que violan la libre competencia (num. 133.4; 133.5; 133.19; 133.20 y, 133.21)

Revisaremos entonces una a una las cláusulas incluidas en la lista negra consagrada en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994.

5.7.1 Las que limitan la autonomía de la voluntad del suscriptor o usuario (num. 133.2; 133.3; 133.7; 133.9; 133.13, y 133.14).

5.7.1.1 “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 éste o a fuerza mayor o caso fortuito”.

Estas facultades serían propias de los contratos administrativos y, mediante la disposición de la Ley 142 de 1994, se garantiza al usuario la imposibilidad por parte de la empresa de tomar decisiones unilaterales sin contar con su voluntad claramente expresada. Se privilegia aquí la autonomía de la voluntad del contratante, que pese a encontrarse frente a un contrato dirigido cuenta con la seguridad jurídica propia del derecho privado.

Cabe resaltar que la redacción es bastante difícil de digerir en la medida en que no podría entenderse que el legislador previó la posibilidad de que el prestador cambie las condiciones del contrato como resultado de un incumplimiento del mismo. En tal sentido, deberá entenderse que las modificaciones podrían tener lugar como resultado de caso fortuito o fuerza mayor y que la disolución del contrato y que la revocación o la limitación de derechos consagrados en el contrato tendría lugar como resultado del incumplimiento del suscriptor o usuario, en los términos de la ley y del mismo contrato.

5.7.1.2 “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”.

No se trata aquí de la eliminación directa a través de una cláusula contractual, de los derechos legales de los usuarios, sino de la posibilidad de que estos sean limitados por la simple voluntad de la empresa. Nótese que se hace referencia aquí a dos situaciones: por una parte del sometimiento a la voluntad de la empresa de un derecho legal, evento en el cual aparecería de bulto la violación y, por otra parte, de la posibilidad de que la empresa limite un derecho contractual que no se encuentra establecido dentro de una norma legal.

En el segundo caso, deberá entenderse que el prestador del servicio concede al suscriptor o usuario, vía contrato, mayores derechos de los que establece la ley. Dicho de otra forma, los derechos consagrados en la Ley son mínimos.

Ello nos lleva a reflexionar sobre los casos en los cuales la empresa tendría incentivos para conceder derechos superiores a los mínimos legales. En el caso de una empresa monopolística, que presta un servicio público domiciliario, en principio no existiría incentivo para ofrecer un plus al usuario, salvo en tratándose de contratos de los referidos en el parágrafo 1º del artículo 87 de la LSPD, en el cual la empresa ofreciera tales prebendas para ganar a sus competidores en un procedimiento licitatorio.

En adición, sería posible la concesión de derechos contractuales adicionales a los legales, en los casos en que la empresa se encuentre en competencia dentro del mercado, verbigracia, cuando para la prestación del servicio de aseo existen competidores y no hay áreas de servicio exclusivo.

La maniobra reprochable de la empresa, sería conceder este derecho, para posteriormente someter su efectividad a su propia voluntad; disposición también reprimida mediante artículo 1535 del Código Civil colombiano³⁵.

35 El texto del primer inciso del artículo 1535 del Código Civil es del siguiente tenor. “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”.

Así, en concordancia con la LSPD, la cláusula digna de reproche, sería aquélla que someta el cumplimiento de una obligación a la única y exclusiva voluntad del obligado a dar, hacer o prestar³⁶.

5.7.1.3 “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”.

Esta cláusula supone la inclusión de una especie de poder para que los usuarios se expresen ante la empresa, como respuesta de un derecho que esta pretende hacer valer frente a un suscriptor o usuario o frente a un grupo de ellos.

De incluirse una cláusula con este contenido se admitiría que la empresa tome claramente decisiones en nombre de los suscriptores o usuarios e implicaría un sometimiento a la voluntad de aquélla en lo que respecta a los derechos de estos.

5.7.1.4 “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 oponible 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”.

Tres situaciones diferentes contempla este numeral. La sujeción a un término o condición extralegal, de las acciones con las que cuenta el

36 Sobre este tipo de cláusulas ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “Desde la doctrina francesa, pasando por la chilena, se ha explicado el principio anterior así: hay dos clases de condiciones potestativas: la simplemente potestativa, que supone de parte del interesado, no solo una manifestación de voluntad, sino la realización de un hecho exterior, verbigracia, si os casáis, si vendo mi casa; y la puramente potestativa que depende, única y exclusivamente, de la voluntad, y por consiguiente, se formula de este modo: si *voluero*, si quiero, si lo juzgo a propósito. La condición simplemente potestativa es válida. La obligación del deudor, si bien depende de un acto de su voluntad se subordina también, en parte, a contingencias de las que no es dueño” (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de noviembre de 1945. G.J. t. LIX, página 795).

suscriptor o usuario para hacer valer sus derechos; la consagración de excepciones extralegales que podría alegar la empresa ante una reclamación del suscriptor o usuario y; las previsiones contractuales que impedirían al suscriptor o usuario acudir a “remedios judiciales”.

Si bien es cierto que la limitación reprochable en este artículo se limita, al menos desde una interpretación gramatical, a remedios judiciales, es de anotar que la previsión referida al término o condición y la referida a las excepciones no están limitadas a las acciones que pudiera tener el suscriptor o usuario ante la rama judicial, habrá de entenderse que también constituyen cláusulas abusivas las limitaciones contractuales para que estos acudan a cualquier autoridad, sin importar la rama del poder público, para hacer valer sus derechos siempre y cuando exista una norma de carácter legal que contemple tal posibilidad. Así, no sería dado a ninguna empresa establecer de forma alguna limitaciones procesales vía contrato, a los mecanismos legales que conceden a los suscriptores o usuarios, la posibilidad de reclamar ante cualquier autoridad.

5.7.1.5 “133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa”.

Mediante esta prohibición se prevé la situación en la cual una empresa por sí y ante sí modifique sus obligaciones contractuales e incluso legales. Sin embargo, la empresa podría establecer una cláusula que le permitiera modificar sus obligaciones con los suscriptores o usuarios, en interés de estos o en aras del interés público.

Esta cláusula resulta difícil de probar porque en muchas ocasiones los intereses de la empresa se mezclan con el interés público (vgr. La necesidad de aumentar los ingresos vía tarifas para hacer frente a las necesidades de inversión en reposición o ampliación de cobertura).

- 5.7.1.6 “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”.

Esta cláusula es mucho más amplia que las anteriores y prevé la posibilidad de que la empresa consagre dentro del Contrato de Servicios Públicos, una presunción de manifestación de voluntad del suscriptor o usuario siempre y cuando se establezca un plazo prudencial para que el suscriptor se exprese sobre tal presunción y la empresa cuente con la obligación contractual de dar a conocer al suscriptor o usuario, al comenzar tal plazo, las implicaciones de su silencio.

No bastaría entonces que la consecuencia del silencio del suscriptor o usuario se de a conocer mediante la simple previsión dentro del Contrato de Servicios Públicos. Además tal deber de hacer, por parte del prestador, deberá materializarse al momento de comenzar el plazo previsto en el contrato, para dar un significado al silencio.

5.7.2 Las que limitan el alcance de los derechos del suscriptor o usuario (num. 133.1; 133.6; 133.12; 133.15; literales a y b del numeral 133.16; 133.18; 133.22; 133.23; 133.24; 133.25 y, 133.26).

- 5.7.2.1 “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”.

Esta disposición contempla dos situaciones, en la primera se prevé el caso en el cual se excluye o se limita la responsabilidad de la empresa, responsabilidad establecida en lo que el legislador denominó “normas

comunes”. En el segundo caso, se prevé el evento de una empresa que traslada al suscriptor o usuario, la carga de prueba que correspondería originalmente a la empresa.

El primero de los casos se produciría en el caso de una cláusula que incluyera por ejemplo una disposición contraria a las previsiones del artículo 137. Así por ejemplo, una cláusula que estableciera que el cargo fijo debe pagarse aún cuando exista falla en el servicio por períodos superiores a los quince días dentro de un período de facturación en contravía de lo establecido en el numeral 1º del citado artículo. El segundo caso es eminentemente procesal y, en este tipo de fallas del servicio, supondría la consagración contractual de la obligación del suscriptor de probar la falla en el servicio, pese a la disposición del artículo 137 en el sentido de que el descuento en el cargo fijo “opera de oficio por parte de la empresa”. Imagine el lector el trámite que habría de surtir un usuario para demostrar que efectivamente no contó con el servicio de energía durante un período de quince días.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3.20.4 de la Resolución CRA 151 de 2001 y en desarrollo de lo previsto en los numerales 133.1 y 133.15, se entiende abusiva una cláusula “...que permita(n) a las personas prestadoras abstenerse de entregar a los usuarios las facturas a las que se refiere la Ley...” y, en el artículo 1.3.20.5 se establece que constituye abuso de posición dominante, “...la inclusión en los contratos de cláusulas que establezcan que la persona prestadora no está sujeta a la sanción de multa cuando el suscriptor o usuario mediante actuación administrativa demuestre que la entidad ha incurrido en uso indebido o negligente de la factura...”.

5.7.2.2 “133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede”.

Se trata en este caso de una disposición similar a la contenida en el numeral 133.3 del artículo 133. Sin embargo, en este caso no se trata del sometimiento del derecho del usuario a la voluntad de la empresa, sino

de la renuncia anticipada a derechos contractuales. Así, podría entenderse que incurre en la conducta prevista en este numeral y, por ende resulta reprochable, una cláusula que establezca un silencio negativo ante las consultas del suscriptor.

5.7.2.3 “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”.

Aquí deberá entenderse que se trata de prohibir los plazos extralegales excesivos o insuficientes, siempre en contra del usuario. También habrá de entenderse que no es dado a la empresa establecer términos para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales, diferentes a los legales cuando exista disposición de este orden que los regule.

5.7.2.4 “133.15. Las que permiten presumir 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 y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario”.

El deber correlativo al derecho de prestación de un servicio de calidad (numeral 9.3 del art. 9º y 136 de la LSPD) es el pago del precio (art. 146 de la LSPD). Empero, de conformidad con lo establecido en el artículo 146 de la LSPD, la falta de medición del consumo por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a percibir el precio. Así las cosas, deberá considerarse abusiva una cláusula que induzca a presumir que el prestador ha cumplido con este deber, de manera que se haga nugatoria la previsión sobre pérdida del precio, cuando quiera que no se ha medido el consumo por causa de su acción u omisión.

En desarrollo de esta disposición y, en virtud de la facultad de expedir criterios generales sobre abuso de la posición dominante, la CRA expidió el artículo 1.3.20.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, según la cual se

considera abusiva la conducta del prestador en el sentido de establecer en el Contrato, “una presunción de autenticidad en favor de las facturas que se entreguen a los usuarios”.

- 5.7.2.5 “133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:
- “a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato;
 - “b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato, y
 - “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”.

Si bien es cierto que esta previsión contempla tres situaciones diferentes, todas ellas aplicables al evento en el cual se produzca la terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, la consagrada en el literal c) hace referencia al cambio de la carga de la prueba de la empresa al suscriptor o usuario, en caso de existir una compensación excesivamente alta, razón por la cual será estudiada en otro acápite.

Ahora bien, la terminación anticipada del contrato puede suceder en virtud del mutuo acuerdo, por causas imputables al suscriptor o usuario, o por causas imputables al prestador.

El común acuerdo es procedente siempre y cuando se cumplan los presupuestos del artículo 138 de la LSPD, sin importar si se trata de un contrato a término fijo o a término indefinido, toda vez que la ley no hace distinción alguna en el citado artículo.

La terminación anticipada por causas imputables al suscriptor o usuario se encuentra consagrada en el artículo 141 de la LSPD. Tales causas son:

- El incumplimiento del contrato por un período de varios meses³⁷,
- o en forma repetida,
- o en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros, permite a la empresa tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio. En virtud de lo establecido en el mismo artículo, se presume que el atraso en el pago de tres facturas de servicios y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un período de dos años, es materia que afecta gravemente a la empresa, que permite resolver el contrato y proceder al corte del servicio.
- La demolición del inmueble en el cual se prestaba el servicio permite a la empresa dar por terminado el contrato, sin perjuicio de sus derechos.

Por su parte, la terminación anticipada por causas imputables a la empresa prestadora, está vinculada al concepto de falla en la prestación del servicio, consagrado en el artículo 137 de la LSPD, que da lugar, a elección del suscriptor o usuario, a la resolución del contrato o a su cumplimiento con las reparaciones consagradas en el mismo artículo³⁸.

Los literales a) y b) contienen las prohibiciones de establecer compensaciones excesivamente altas por el uso de una cosa o de un derecho que haya recibido un suscriptor o usuario con ocasión del contrato o por los gastos que hubiere realizado la empresa con ocasión del contrato.

37 La reiteración en el incumplimiento del contrato de servicios públicos no es requerida en el caso de falta de medición por causas imputables al usuario, en virtud de lo establecido en el artículo 146 de la LSPD, en cuyo aparte pertinente se señala: “La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato”.

38 Ley 142 de 1994. “ARTÍCULO 137.—Reparaciones por falla en la prestación del servicio. La falla del servicio da derecho al suscriptor o usuario, desde el momento en que se presente, a la resolución del contrato, o a su cumplimiento con las siguientes reparaciones:

“137.1. A que no se le haga cobro alguno por conceptos distintos del consumo, o de la adquisición de bienes o servicios efectivamente recibidos, si la falla ocurre continuamente durante un término de quince (15) días o más, dentro de un mismo período de facturación. El descuento en el cargo fijo opera de oficio por parte de la empresa.

“137.2. A que no se le cobre el servicio de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos, si en cualquier lapso de treinta días la frecuencia de recolección es inferior al cincuenta por ciento (50%) de lo previsto en el contrato para la zona en la que se halla el inmueble.

“137.3. A la indemnización de perjuicios, que en ningún caso se tasarán en menos del valor del consumo de un día del usuario afectado por cada día en que el servicio haya fallado totalmente o en proporción a la duración de la falla; más el valor de las multas, sanciones o recargos que la falla le haya ocasionado al suscriptor o usuario; más el valor de las inversiones o gastos en que el suscriptor o usuario haya incurrido para suplir el servicio.

“La indemnización de perjuicios no procede si hay fuerza mayor o caso fortuito”.

“No podrán acumularse, en favor del suscriptor o usuario, el valor de las indemnizaciones a las que dé lugar este numeral con el de las remuneraciones que reciba por las sanciones impuestas a la empresa por las autoridades, si tienen la misma causa”.

En tratándose del uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato habría que determinar si a la vez la previsión contractual abusiva supone el cobro de un servicio regulado por las comisiones, lo cual haría bastante más sencillo determinar cuándo nos encontramos con un cobro excesivamente alto. En el caso de servicios o derechos no regulados la determinación del cobro “excesivo” resultará en una mayor dificultad para el operador jurídico encargado de la determinación del carácter abusivo de la cláusula. De igual forma, la determinación de los gastos que hubiere realizado la empresa con ocasión del contrato resulta difícil de tasar, siendo entonces evidente que la determinación del cobro en exceso también lo será.

5.7.2.6 “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”.

La disposición está referida especialmente a las limitaciones a las garantías de los servicios y de los bienes que entrega. Esta prohibición guarda estrecha relación con la responsabilidad consagrada en el inciso 2º constitucional cuyo texto es del siguiente tenor:

“Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

Mal podría entonces pretenderse por ejemplo que, en el caso de un bien o servicio prestado por una empresa que no tiene el carácter de productor del bien o servicio, el prestador pretendiese que la reclamación se hiciera ante el productor y no ante ella. Debe recordarse que, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 3466 de 1982, “Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores”.

En cuanto a la duración de la garantía, en el caso de acueducto debe tenerse en cuenta que en virtud de lo establecido en el artículo 15 del Decreto 302 de 2000, subrogado mediante artículo 4º del Decreto 229 de 2002, “La Entidad Prestadora de los Servicios Públicos dará garantía de buen servicio del medidor por un lapso no inferior a tres (3) años, cuando el mismo sea suministrado directamente por la entidad. A igual disposición se someten las acometidas”.

La prohibición de esta cláusula abusiva, también se extiende al traslado de costos para hacer efectiva la garantía, de manera que resulta también reprochable la limitación por vía de hacer más gravosa la reclamación al suscriptor o usuario.

5.7.2.7 “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 cediendo la facultad de terminar el contrato”.

Una cláusula en el sentido de la prohibida podría entenderse violatoria del derecho de los usuarios de escoger el prestador del servicio correspondiente³⁹. Empero sólo podrá predicarse la existencia de este derecho en el evento en que exista competencia efectiva en el mercado, de manera que cuando se cambie el prestador, en virtud de la liquidación de un prestador o cuando se celebre un contrato para que un particular preste el servicio de acueducto y alcantarillado, no será reprochable la cesión del contrato.

5.7.2.8 “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”.

Sobre este particular cabe anotar que, en cuanto a las formalidades que han de cumplir los suscriptores o usuarios de servicios públicos, debe

39 Numeral 9.2 del art. 2º de la Ley 142 de 1994.

darse aplicación a las previsiones de la Ley 962 de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”.

Además de la referencia a los organismos y entidades del Estado y a los particulares que prestan servicios públicos, correspondiente al título de la Ley, en el artículo 2º, se establece dentro del ámbito de aplicación que “Esta ley se aplicará a los trámites y procedimientos administrativos de la Administración Pública, de las empresas de servicios públicos domiciliarios de cualquier orden y naturaleza, y de los particulares que desempeñen función administrativa” (El subrayado es nuestro).

Así, en el inciso 1º del numeral 1º del artículo 1º de la citada disposición, se establece: “1. Reserva legal de permisos, licencias o requisitos. Para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, únicamente podrán exigirse las autorizaciones, requisitos o permisos que estén previstos taxativamente en la ley o se encuentren autorizados expresamente por esta. En tales casos las autoridades públicas no podrán exigir certificaciones, conceptos o constancias”.

De esta forma, habrá de entenderse que son formalidades “poco usuales o injustificadas”, aquéllas que, a la luz del aparte del artículo 1º ibídem, no estén “previstos taxativamente en la ley o (no) se encuentren autorizados expresamente por esta”.

5.7.2.9 “133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual.”

El derecho de retención es definido como “...la facultad jurídica, en cabeza del tenedor de una cosa, de retenerla hasta tanto el dueño de ella le satisfaga o le asegure el cumplimiento de una obligación”⁴⁰.

40 VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luís Guillermo. BIENES. Sexta edición. Editorial Temis. Bogotá, 1996. Página 77.

En el Código Civil se hace referencia al derecho de retención en los artículos 2218 (Comodato); 2258 (Depósito); 2421 (Prenda); 2489 (Especies identificables en poder del deudor insolvente). En el Código de Comercio, sucede lo propio en los artículos 1059 y 1091 (Retención de la prima en el contrato de seguros); 998 y 1033, 1034 (Retención en contrato de transporte); 1188 (Almacenes generales); 1199 (en contrato de hospedaje); 1326 (mandato), y 1358 (Retención injustificada en contrato de edición). Adicionalmente, nuestra legislación prevé la posibilidad de ejercer el derecho de retención en el caso de arrendamiento de inmuebles urbanos (arts. 26 y 27 de la Ley 820 de 2003 y art. 424 del C.P.C.), y en el caso de aparcería (art. 18 de la Ley 6 de 1975).

Sin embargo en la Ley 142 de 1994 no existe referencia alguna a la posibilidad de que el suscriptor o usuario ejerza derecho de retención contra bienes del prestador del servicio, razón por la cual la disposición, al menos en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, resulta de difícil aplicación.

El origen de esta norma podría ser la disposición adicional primera de la Ley 26 de 1994 de España⁴¹, que incluye, dentro de la lista de cláusulas abusivas, “La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación”. Esta disposición es concordante con el artículo 453 del Código Civil Español referido al derecho de retención del poseedor de buena fe, hasta que se le satisfagan los gastos necesarios y útiles en los que hubiere de incurrir con ocasión de la posesión. La aplicación lógica del en Derecho del Consumo es el evento en el cual el proveedor hubiere entregado por error una cosa al comprador quien tendría el carácter de poseedor de buena fe, con las consecuencias señaladas atrás.

En nuestro país VELÁSQUEZ JARAMILLO⁴² ha propuesto como elementos del derecho de retención, los siguientes: i) La existencia de dos

41 Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios. Boletín Oficial del Estado. núms. 175 y 176, de 24-07-1984.

42 Ib. Página 78.

personas recíprocamente deudoras y acreedoras; ii) La existencia de un retenedor del bien, con la obligación inicial de restituirlo y; iii) La existencia de autorización legal expresa para que el retenedor pueda ejercer el derecho de retención.

Como se observa, al darse al derecho de retención el mismo alcance de la legislación española establecida en general para cualquier acto de consumo, carecería de sentido la aplicación del derecho de retención en el caso de los servicios públicos a los que nos referimos en este documento. A nuestro juicio se trata en este caso de una desafortunada transposición de legislaciones.

5.7.2.10 “133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa”.

Nótese que en la disposición de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, citada al discutir la cláusula prohibida consagrada en el numeral 133.23 del artículo 133 de la Ley 142 de 1994, se incluye la limitación al derecho a compensar los créditos.

Pese a tratarse al menos en apariencia de otra transposición normativa de disposiciones del régimen español, esta norma, a diferencia de la anterior, podría aplicarse con claridad a los servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, la compensación está definida en el artículo 1714 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Artículo 1714. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

Así, cuando quiera que exista ese tipo de deudas con el cumplimiento de las previsiones del artículo 1715 del Código Civil⁴³, habrá lugar a la compensación y no podrá, de manera general o particular dentro del Contrato de Servicios Públicos, incluirse limitación alguna para que se lleve a cabo.

5.7.2.11 “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 enuncian en el artículo 126 de esta ley.”

La referencia hecha al artículo 126 de la Ley resulta contraria a la sana lógica, toda vez que el artículo 126 contiene disposiciones sobre la vigencia de las fórmulas tarifarias. Acudiendo al criterio de interpretación consagrado en el inciso 2º del artículo 127 del Código Civil, según el cual “... bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”, será necesario revisar los antecedentes de la Ley 142 de 1994, con el fin de encontrar una interpretación racional.

En efecto, dentro de la ponencia radicada por el Gobierno Nacional y publicada en la Gaceta del Congreso del 27 de noviembre de 1993, la referencia está hecha en el numeral del artículo equivalente⁴⁴, al artículo 103 del mismo proyecto, cuyo texto contiene disposiciones idénticas a los de los primeros tres incisos del artículo 128 de la Ley 142 de 1994.

Así, como es sabido, la finalidad de todo contrato es la generación de obligaciones para los contratantes o para uno de ellos, razón por la cual basta con que se limite cualquiera de las obligaciones generadas en favor

43 Código Civil. “**Artículo 1715.**- La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento en que una y otra reúnan las calidades siguientes:

“1. Que sean ambas de dinero o de cosa fungible o indeterminadas de igual género y calidad.

“2. Que ambas deudas sean líquidas.

“3. Que ambas sean actualmente exigibles.

“Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor”.

44 Numeral 108.26 del artículo 126 del proyecto de Ley.

del suscriptor o usuario en virtud del artículo 128 de la LSPD y –agregamos nosotros- en la Ley 142 de 1994-, para que se produzca el evento que se reprocha en el numeral 133.26 del artículo 133 de la misma Ley.

5.7.3 Las que limitan el derecho al debido proceso (num. 133.1; 133.8; 133.10; 133.11; 133.15; literal c del numeral 133.16, y 133.17).

5.7.3.1 “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”.

Se incluye dentro de este acápite el numeral 133.1 del artículo 133 LSPD, por cuanto contiene dos previsiones y, la segunda de ellas hace referencia al traslado de la carga de la prueba de la empresa al usuario.

La prohibición tiene sustento en la posibilidad que tendría la empresa de establecer obstáculos para que sea más difícil para el suscriptor demostrar la responsabilidad de la empresa cuando haya lugar a ella en virtud de “las normas comunes”.

5.7.3.2 “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”.

Esta previsión supone el cambio de la carga de la prueba y, en tal sentido, guarda clara similitud con la previsión segunda del numeral 133.1. Nótese que no se trata simplemente de la obligación a cargo del suscriptor o usuario, en el sentido de preparar determinados documentos, además, estos documentos deben tener por fin trasladar al usuario la carga de la prueba que no le correspondería originalmente.

5.7.3.3 “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 compondores las controversias que surjan entre ellos”.

Esta disposición tiene igualmente carácter procesal y es mucho más general que las otras, dado que no hace explícita la forma ni la etapa procesal en la que la empresa habría de establecer para sí, “mayores atribuciones” que al suscriptor o usuario.

Ahora bien, como se observa, los numerales 133.10 y 133.11 hacen referencia a la posibilidad de acudir a arbitramento⁴⁵ en caso de existir controversias entre empresas y suscriptores o usuarios. Si bien es cierto que esta disposición no ha sido demandada ante la Corte Constitucional, cabe recordar el fallo de este Alto Tribunal respecto del arbitramento en el caso de controversias sobre el sistema de UVR. Dijo en esa oportunidad la Corte:

“En primer lugar, debe resaltarse que en la aludida materia operan los contratos por adhesión, en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual, mientras que el deudor —parte débil de la relación— limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero.

“Es indiscutible que quien pide el préstamo para la adquisición de vivienda se ve sometido a las imposiciones contractuales de las entidades financieras. Así las cosas, la expresa alusión legal a que “solamente por solicitud expresa del deudor podrá pactarse el procedimiento de arbitramento” resulta ser una inocua garantía para evitar que éste se vea presionado y obligado a suscribir una cláusula compromisoria, si se tiene en cuenta la frágil posición que él ocupa en la relación convencional.

45 De conformidad con lo establecido en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

“En efecto, muy fácilmente, bajo la modalidad de formatos preimpresos, quien pide el préstamo se ve abocado a suscribir la cláusula compromisoria por temor a que no se le otorgue el préstamo, y así la parte más fuerte de la relación contractual termina imponiendo su exclusiva voluntad, aunque pueda en apariencia presentarse una realidad distinta.

“(…)

“Aunque las anteriores afirmaciones serían suficientes para declarar la inexecutable de las normas en referencia, en todo caso es importante anotar que, en relación con el artículo 36 de la ley objeto de análisis, también resulta ostensiblemente inconstitucional que una de las partes tenga la efectiva capacidad de sustraer de manera absoluta esta clase de procesos del normal conocimiento de la justicia ordinaria. El artículo 116 de la Constitución, al prever la posibilidad del arbitramento, lo contempla como extraordinario, puesto que, además de hacerlo transitorio, exige la “habilitación” por las partes, lo que significa que, por definición, debe ser convenido, no impuesto”⁴⁶.

De igual forma, es importante traer a colación lo señalado en Sentencia C-242 de 1997 de la H. Corte Constitucional, mediante la cual el Alto Tribunal decidió la inconstitucional de la previsión contenida en el numeral 19.14 del artículo 19⁴⁷ de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, con base en la siguiente argumentación:

“La realización de funciones jurisdiccionales por los árbitros requiere por exigencia constitucional de la habilitación por las partes en conflicto para que puedan proferir, en cada caso en concreto, los fallos en derecho o en equidad en los términos legalmente establecidos; lo que indica que para que sea procedente la utilización de este mecanismo en la misión esencial de administrar justicia por particulares investidos transitoriamente

46 Corte Constitucional, Sent. C-1140, ago. 30/2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

47 El texto de la norma declarada inexecutable era del siguiente tenor: “19.14 En los estatutos se advertirá que las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a la decisión arbitral; las decisiones de los árbitros estarán sujetas a control judicial por medio del recurso de anulación del laudo o del recurso extraordinario de revisión, en los casos y por los procedimientos previstos en las leyes” (subrayas fuera del texto original).

de dicha facultad, se requiere indefectiblemente del consentimiento o la habilitación por parte de aquellos que han optado por someter sus conflictos a la decisión arbitral. Debe darse a través de un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo del arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias, a causa de la espontánea y libre voluntad de someterse al proceso arbitral, a cambio del conocimiento de las mismas por la jurisdicción ordinaria. Disponer por vía legal y genérica, a manera de mandato obligatorio, que el instrumento que debe utilizarse para resolver las diferencias surgidas entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, sea el del procedimiento arbitral, desconoce el mandato de la Constitución Política, según el cual “son las partes” las únicas que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Así las cosas, es nuestro parecer que “la habilitación por las partes en conflicto” deberá hacerse en las condiciones especiales del contrato de servicios públicos y de ninguna forma, dentro de las cláusulas uniformes del mismo, de manera que el suscriptor tenga la posibilidad de acogerse o no, en igualdad de condiciones con el prestador, a la decisión de árbitros⁴⁸.

5.7.3.4 “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”.

Debe tenerse en cuenta previsión del 79.2 “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”.

48 Ello porque, si bien es cierto que las disposiciones del artículo 133 de la LSPD referidas al arbitramento no han sido demandadas y continúan vigentes, la Corte Constitucional ha señalado respecto de sus sentencias que las mismas “resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en sus fallos” (Corte Constitucional. Sentencia SU-640 de 1998.

A nuestro juicio, la previsión de este numeral bien podría entenderse comprendida dentro de la previsión general del numeral anterior, empero consagra una disposición nueva, que supone la prohibición de incluir en el clausulado el factor territorial determinante para la selección del juez competente para dirimir conflictos, diferente por supuesto, del indicado en las normas generales sobre competencia territorial.

5.7.3.5 “133.15. Las que permiten presumir 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 y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario”.

Esta disposición, de carácter probatorio también, tiene por objeto evitar que la empresa se exima de cumplir con sus obligaciones contractuales y legales, mediante una disposición incluida dentro del contrato que consagre, por una parte, la presunción de que efectivamente la cumplió o, por otra, la exoneración de cumplirla.

5.7.3.6 “133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:
“(…)
“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”.

Se supone en este caso, de manera algo forzada, la existencia de dos supuestos. Además de establecerse una compensación⁴⁹ excesivamente

49 Para que la disposición resulte relativamente comprensible, en este caso, la expresión “compensación” debería de entenderse no como la forma de extinguir las obligaciones en los términos del Código Civil, sino como la retribución por efectos de la terminación del contrato. De atenernos a la definición del artículo 1714 del Código Civil, nunca podría existir una compensación excesivamente amplia, en la medida que, de conformidad con la previsión del artículo 1715 ibídem, las obligaciones objeto de la operación, “se extinguen recíprocamente hasta el monto de sus valores”. Así, en el caso de establecerse la figura de la compensación dentro del contrato, el monto habría de ser indeterminado pero determinable y, de tratarse de un monto superior para alguna de las partes contratantes, no se trataría de una “compensación”.

alta dentro del contrato para efectos de la terminación anticipada, habría de trasladarse al suscriptor o usuario, vía contrato de condiciones uniformes, la carga de la prueba respecto del monto real de los daños que hubiere sufrido la empresa como consecuencia de la terminación del contrato de servicios públicos o de un acto que dio lugar a la terminación unilateral del mismo por parte del prestador.

Es claro que quien debe señalar la existencia de la situación, por ser el afectado, es el suscriptor o usuario y, en sana lógica, correspondería a este demostrar las razones por las cuales considera que la compensación es excesivamente amplia. Empero la Ley crea una situación similar a la de los casos en que existe una presunción, de manera que bastaría con la afirmación en el sentido expuesto, por parte del suscriptor, para que se presumiera que la llamada “compensación” tiene el carácter expresado por él. Ante esta situación, será el prestador quien debe demostrar que la “compensación” no es excesivamente alta, habida cuenta que la carga de la prueba recae en él.

Esta disposición parte del supuesto según el cual el consumidor siempre se encuentra en desventaja en materia de información, frente al vendedor o proveedor de un bien o servicio; lo cual implica que será mucho más sencillo, desde el punto de vista procesal, para el segundo, hacer la demostración de que no incurrió en la maniobra abusiva, que para el primero, demostrar que si lo hizo.

5.7.3.7 “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”.

La prohibición contenida en el numeral 133.17, tiene por fin tutelar la previsión contenida en el artículo 137 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, que consagra la regla general⁵⁰ según la cual, en el caso de

50 CÓDIGO CIVIL. “ARTÍCULO 1546.—En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

“Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

incumplimiento de unos de los contratantes (en este caso del prestador, por falla en el servicio), hay lugar, según lo determine el otro contratante, a la resolución del contrato o a su cumplimiento forzoso con las “reparaciones” correspondientes.

Sin embargo ha de tenerse en cuenta que existen limitaciones legales – que no contractuales – al ejercicio de este derecho, que se pueden resumir como sigue:

- a. En el caso de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, si no existiere otro prestador del servicio en razón al carácter de monopolio natural del acueducto y alcantarillado, por ejemplo, o por la existencia de áreas de servicio exclusivo referidas en el artículo 40 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, cuando no sea dada la constitución del suscriptor o usuario en productor marginal en los términos del artículo 16 de la misma Ley, no habrá lugar a la terminación del contrato sino a su cumplimiento con las reparaciones correspondientes.
- b. En todo caso, la parte que ejerce el derecho de resolver el contrato, cuando sea posible según se expuso en el literal anterior, debe haber cumplido el contrato o haberse allanado a su cumplimiento⁵¹. Tal posición guarda relación con la *exceptio non adimpleti contractus*, que a su vez se encuentra consagrada en el artículo 1609 del Código Civil⁵².
- c. Para efectos de la resolución en los términos expuestos, el incumplimiento, en este caso la falla en el servicio por parte del prestador del mismo, debe ser de magnitud suficiente respecto del interés de la otra, de manera que no hay lugar a la resolución del contrato cuando el incumplimiento tiene escasa importancia⁵³.

51 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 1974.

52 CÓDIGO CIVIL. “ARTÍCULO 1609.—En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

53 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 1984.

5.7.4 Las que violan la libre competencia (num. 133.4; 133.5; 133.19; 133.20 y, 133.21).

5.7.4.1 “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”.

Esta previsión contempla tres situaciones diferentes, a saber: la primera, se produciría si se exigiera al suscriptor o usuario adquirir un bien o servicio, que no tenga relación directa con el servicio; la segunda, la eventualidad en que se le obligue a escoger al proveedor del tal bien o servicio y, la tercera, que se le exija comprar más de lo que necesite.

Las dos primeras situaciones aparecerían de bulto y, por ende, a nuestro juicio resultan de difícil ocurrencia. La dificultad en estos casos radicaría en la determinación de qué bienes guardan o no relación directa con la prestación del servicio. Así por ejemplo, suponga el lector que se exige la adquisición de un tipo de medidores que superan las previsiones del reglamento técnico expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, en el caso del agua potable y que sólo exista un proveedor de estos medidores en Colombia. Es evidente que el bien tiene relación directa con el servicio, pero también lo es que la cláusula podría estar limitando la posibilidad de adquisición del medidor; sin embargo la norma sólo entiende como abusiva la cláusula en la que el proveedor que obtiene el mercado cautivo a través de la disposición contractual, presta un bien o servicio que no guarde relación con el servicio público que la empresa se obliga a prestar según el contrato de servicios públicos. Para efectos de nuestro ejemplo, habrá de utilizarse la previsión del numeral siguiente.

La tercera previsión de numeral en comento hace referencia a la obligatoriedad establecida por disposición contractual, de adquirir más de lo que se necesita. Es evidente que el legislador no quiso hacer referencia al caso en que el prestador cobra más de lo que vende, que es objeto de

otra disposición legal. Sin embargo, la autoridad encargada de sancionar al prestador que incluya este tipo de cláusulas se encontrará con situaciones en las que se induce al suscriptor a consumir más de lo que necesita. Piense entonces el lector en el caso en que se exija al usuario del servicio de acueducto y alcantarillado, pagar mensualmente veinte metros cúbicos, sin importar si los consume o no. Esta situación podría ser más común de lo que se cree, dado el fracaso de los términos establecidos para los programas de micromedición. En efecto, podría ocurrir el caso de un prestador que no haya instalado micromedidores y que, a la vez, no tenga macromedidores para, a la luz de la regulación vigente, promediar el consumo en determinada área de prestación del servicio de acueducto. Su conducta, induciría a los suscriptores a adquirir más agua de la que necesitan realmente.

5.7.4.2 “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 sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto”.

Esta previsión repite parcialmente la del numeral anterior, toda vez que prevé una situación en la que se limita la compra a ciertos proveedores mediante disposición contractual. A diferencia del numeral anterior, en este caso no se exige que el bien o servicio que ofrezca el proveedor no guarde relación directa con el servicio que se presta.

También se prohíben aquí las estipulaciones contractuales que limitan la libertad de estipulación del usuario en sus contratos con terceros. Piénsese en el caso del servicio de agua en un club constituido como una sociedad, que presta a sus socios el servicio de piscina. Qué sucedería si existe una cláusula dentro del contrato de condiciones uniformes que limita el uso del agua sólo para el consumo humano. A nuestro juicio, salvo por razones de fuerza mayor o con sustento en las previsiones del código de recursos naturales, podría imponerse válidamente tal restricción.

La segunda previsión resulta de difícil aplicación práctica. Se trata en este caso del evento en el que se conceda determinada tarifa a un suscriptor o usuario y que este se la venda a otro a un precio inferior al que el segundo consumidor debería pagar al comprárselo a la empresa. Se trata aquí de prevenir la violación al criterio de solidaridad y redistribución de ingresos.

5.7.4.3 “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”.

Como se ha dicho, la terminación del contrato de servicios públicos tiene lugar por mutuo acuerdo, por incumplimiento del prestador, por incumplimiento del suscriptor y por vencimiento del término previsto dentro de contrato, que tendrá que ser inferior a dos años, en los casos de contratos diferentes a los celebrados con grandes suscriptores o usuarios, cuando las comisiones hayan establecido un plazo diferente.

5.7.4.4 “133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año”.

Esta cláusula guarda estrecha relación temática con la anterior. Ha de entenderse que es aplicable solamente a los contratos con término fijo, de manera que sería admisible uno en el cual se estableciera un término de dos años con una renovación tácita por un año más.

5.7.4.5 “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”.

La figura del preaviso tiene origen eminentemente económico. En algunos casos se trata de dar la oportunidad a una de las partes contratantes para adquirir un servicio del que se venía disponiendo a virtud de un contrato de tracto sucesivo y, en otros casos, como en el del contrato de servicios

públicos, se trata de dar al prestador la oportunidad de recuperar algunos costos en los que incurrió, sin perjuicio de “las compensaciones” a las que hubiere lugar con ocasión de la terminación. De allí que el legislador hubiera dado a las comisiones de regulación la facultad de establecer un término diferente, mediante permiso expreso. Es claro que este permiso habrá de estudiarse para cada contrato de servicios públicos, sin que puedan las comisiones establecer para todos los prestadores de determinado servicio, un plazo diferente.

5.7.4.6 “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”.

Entiende el legislador que el contrato de servicios públicos es *intuitu personae*, y que, por tratarse de servicios, generalmente prestados en situación de competencia, el suscriptor o usuario, los adquiere de determinado prestador por la calidad o el precio que ofrece. Por esa razón se entiende como cláusula prohibida, la que permite al prestador hacer cesión del contrato, con excepción de los casos en que tal cesión se encuentra prevista dentro del mismo contrato, con identificación del cesionario o que se reconozca al cedido, la posibilidad de terminar el contrato por efectos de una cesión sin las características aludidas.

5.8 El control administrativo de las cláusulas abusivas.

El control de las cláusulas abusivas suele contar con el concurso de las tres ramas del poder público. Así, puede predicarse respecto de ellas, la existencia de control legislativo, control administrativo y control judicial. Cabe anotar que no trataremos aquí el caso de incumplimiento del contrato o de diferencias en cuanto a su cumplimiento, sino el control que ha de realizarse sobre el tipo de cláusulas que dan lugar a lo que en el artículo 133 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, se denomina abuso de posición dominante y que la doctrina internacional ha tenido a bien llamar “abuso de posición de dominio contractual”.

Tampoco pretendemos revisar las facultades de control legislativo o judicial de las cláusulas abusivas, limitándonos a estudiar las facultades de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico sobre el particular.

La administración actúa principalmente a través de las Comisiones de Regulación en el control de las cláusulas abusivas. Las facultades de las comisiones sobre este particular, son de tres clases, a saber:

- La facultad de establecer criterios generales sobre abuso de posición dominante y protección de los usuarios del sistema. Esta facultad consagrada en el numeral 73.21 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.
- La facultad de rendir concepto de legalidad sobre los contratos de condiciones uniformes o sobre las modificaciones a este que puedan ser consideradas abuso de posición dominante (73.10 del artículo 73 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios).
- La facultad de establecer excepciones para la consagración de algunas cláusulas.

5.9 La facultad de las comisiones de regulación de señalar criterios generales sobre abuso de posición dominante y protección a los usuarios del sistema.

Por considerarla en extremo relevante para el desarrollo de este texto, revisaremos la facultad otorgada por la Ley 142 de 1994⁵⁴ a las Comisiones de Regulación, en el sentido de expedir, con arreglo a la Ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante y protección a los usuarios del sistema.

5.9.1 Qué significa “señalar, de acuerdo con la Ley, criterios generales”?

Resulta entonces claro que todos los actos de las Comisiones de Regulación deben atenerse, como marco de acción específico, a lo

54 Ley 142 de 1994. Artículo 73, numeral 73.21. “Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario”.

ordenado por el legislador. Expresamente, en el caso de la facultad a la que hacemos referencia en este acápite, el legislador quiso que las comisiones “señalaran” criterios generales, siempre “de acuerdo con la ley”.

Nótese que el legislador no estableció que las comisiones dictaran criterios, sino que simplemente los señalaran.

Acudiendo al sentido literal de la expresión, “señalar” significa “Poner o estampar señal en una cosa para darla a conocer o distinguirla de otra, o para acordarse después de algo” o “. Llamar la atención hacia alguien o algo, designándolo con la mano o de otro modo”⁵⁵.

No se trata entonces de una facultad de creación normativa, en el sentido de implementar disposiciones novedosas a cerca de determinado asunto, sino de hacerlo de conformidad con lo establecido en la Ley y siempre, con el carácter de “criterios generales”.

Ahora bien, la jurisprudencia no se ha pronunciado expresamente respecto del alcance de estos “criterios”; empero, al tratar la constitucionalidad de Leyes Marco que, como es sabido, están consagradas en el numeral 19 del artículo 150 constitucional, la Corte Constitucional ha asimilado la expresión “criterios” a “reglas generales, pautas, objetivos”⁵⁶; “pautas y directrices”⁵⁷; “reglas generales”⁵⁸.

Ahora bien, los criterios generales, tomados de su acepción literal tienen relación con los juicios o discernimientos de carácter universal sobre determinado asunto, de tal forma que los criterios son la medida para valorar una cosa. En el mismo sentido, Descartes denomina criterio al requisito o requisitos que pueden ser utilizados para la valoración de algo. Bajo este entendido, al establecer tales criterios, se realiza la descripción de

55 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.

56 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-710/99 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo y C-341 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

57 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-608 del 23 de agosto de 1999.

58 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997. M.Ps.: Drs. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa.

los tópicos y fines comunes en una disciplina específica que servirán para efectuar los correspondientes juicios de valor.

Ahora bien, la necesidad de fijar hasta cierto punto generalidades en las normas jurídicas, surge como requisito esencial de las mismas, en efecto, “generalidad y abstracción son requisitos, no ya de la norma jurídica como es, sino como debería ser, para corresponder al ideal de justicia, para la cual todos los hombres son iguales y todas las acciones son ciertas; estos son requisitos, *no tanto de la norma jurídica* (o sea, de la norma válida en determinado sistema), *sino de la norma justa*”⁵⁹.

En efecto, dicha generalidad hace referencia a la necesidad de determinar a través del ordenamiento jurídico parámetros para regular el comportamiento de una pluralidad de sujetos, dentro de un ámbito determinado, en este sentido, la norma se convierte en una garantía para la preservación del principio de igualdad ya que tales preceptos jurídicos no se dirigen hacia un ciudadano determinado, sino hacia la totalidad de ciudadanos o bien a un tipo abstracto de agentes de la vida social⁶⁰.

De tal forma, se busca que las normas jurídicas contengan criterios generales que permitan unificar los elementos que servirán para emitir juicios de valor frente a los comportamientos de sus destinatarios. Como consecuencia de lo anterior, el ente encargado de la creación de los preceptos normativos debe, en primer lugar, identificar los elementos comunes de la disciplina que quiere regular y a partir de ellos determina los criterios que servirán de base para su positivización.

Lo anterior, nos lleva a concluir que la autorización legal para que las Comisiones de Regulación fijen criterios generales busca es que a través de una norma específica, se fije la medida para valorar las manifestaciones de voluntad de los prestadores cristalizadas a través de las cláusulas contenidas en los contratos de condiciones uniformes. Bajo este entendido, la facultad de determinar tales criterios permite a las Comisiones establecer un orden

59 Norberto Bobbio, Teoría General del Derecho. Ed. Temis 1992. pág. 131

60 Cfr. Ibídem

jurídico especial en esta materia, siempre y cuando tales criterios tengan por base normas legales y no contraríen preceptos contenidos en Decretos Reglamentarios.

5.10 La facultad de establecer excepciones para la consagración de algunas cláusulas (numerales 133.5 y 133.21 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios).

Se hace referencia, en esta facultad a las previsiones excepcionales y que operan por solicitud de los prestadores, consagrados en los numerales 133.5 y 133.21 del artículo 133 de la LSPD.

5.10.1 La facultad de rendir concepto de legalidad sobre los contratos de condiciones uniformes o sobre las modificaciones a este que puedan ser consideradas abuso de posición dominante (73.10 del artículo 73 y último inciso del art. 133 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios).

En atención a lo previsto en el último inciso del artículo 133 de la Ley 142 de 1994, “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”⁶¹.

Cabe anotar que, por principio consagrado en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, las peritaciones son procedentes para verificar “hechos que interesen al proceso y que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos” y, como es sabido, el carácter de “prueba pericial en firme”⁶² se obtiene como consecuencia de una actuación de las

61 Cabe recordar que, según lo establecido en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, “La peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”. De conformidad con lo establecido en el mismo artículo, en un mismo proceso y sobre un mismo asunto sólo será procedente un peritaje, con excepción del evento en el cual se decreta otro en el incidente de objeciones. Empero, cuando las comisiones hayan dado el concepto previo al que hace referencia la LSPD, no habrá lugar a peritaje adicional, puesto que la propia ley lo considera “prueba en firme”. Así mismo, por el carácter de “preciso” y “debidamente fundado”, difícilmente podrá ser objeto de la aclaración prevista en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

62 El texto del último inciso del artículo 133 de la LSPD, es del siguiente tenor: “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”.

comisiones que, después de haber revisado los contratos sometidos a su consideración emiten un “concepto sobre la legalidad” de los mismos.

Dicho de otra forma, el legislador de 1994 estableció que las Comisiones tienen competencia para rendir unos dictámenes periciales especiales, referidos al ajuste o no de un contrato a las normas legales y, en especial, a las que hacen referencia al abuso de posición dominante contractual.

Este dictamen, además de no ser susceptible de objeción por error grave, por estar en firme, se entiende preciso y debidamente fundado, por ministerio de la Ley, situación que habrá de tener en cuenta el juez al momento de apreciar el dictamen, de conformidad con lo señalado en el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil.

Qué sucedería si un órgano con competencia legal para revisar el carácter abusivo o no de determinadas cláusulas, se encuentra con un contrato que a su juicio contiene una previsión reprochable en los términos del artículo 133 de la LSPD y que, a la vez, cuenta con el concepto de legalidad de una Comisión de regulación.

De la respuesta a este interrogante se ha ocupado la Sección tercera del H. Consejo de Estado⁶³, corporación que en su oportunidad señaló:

“Las Comisiones de Regulación creadas por la Ley de Servicios Públicos y delegatarias de las funciones presidenciales consagradas en el artículo 370 de la Carta Política (artículo 68 ibídem), tienen dentro de sus funciones (artículo 73.10) “dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración”. Sin embargo la Sala precisa que esta aprobación administrativa no significa otra cosa distinta a que el órgano administrativo de regulación no tiene nada que oponer a dichas condiciones .generales desde el punto de vista de los intereses que protege, pero en modo alguno indica elevar al plano

63 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Expediente No.: 12684, Sentencia de fecha nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997). C. P. Doctor RICARDO HOYOS DUQUE.

normativo las condiciones generales redactadas por una empresa, ni que estas tengan vocación regulatoria o derogatoria de otras disposiciones administrativas, emanadas o no del mismo órgano, que las contraríen” (Subrayas fuera del texto original).

De esta forma, el Consejo de Estado ha reivindicado la libertad del juzgador al momento de apreciar las pruebas y, dentro de ellas, el concepto previo de las Comisiones⁶⁴.

34 Código de Procedimiento Civil. “Artículo 187. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos.
“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Bibliografía

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. El Contrato Dirigido. En "Anales de la Facultad de Derecho", Volumen VI. Santiago de Chile, Enero a Diciembre de 1940. Universidad de Chile. No. 21 -24.
- BAKER, Jonathan B. "Preface to Post-Chicago Antitrust",. en Van den Bergh, Roger. Pardolesi, Roberto y Cucinotta, Antonio (eds.). "Post-Chicago Developments in Antitrust Analysis", 2002.
- BEGG, David et al. "Economics". Sixth Edition. McGraw-Hill. London, 2000.
- BISHOP, Simon. WALKER, Mike. "The Economics of EC Competition Law". Sweet & Maxwell, 2002.
- BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Ed. Temis 1992.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales. Editorial Palestra. Lima, 2003.
- CÁRDENAS, Juan Pablo. NECESIDAD E IMPORTANCIA DE LA EXISTENCIA DE UNA LEGISLACIÓN ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL. CRITERIOS QUE LA JUSTIFICAN. Juan Pablo Cárdenas Mejía. Disponible en http://200.31.69.10/ArchivosWeb/Direccion_General/Renovacion_Estado/Reforma_Contratacion_Publica/Documentacion/Mision_Contratacion/Informes/Juan_cardenas.pdf
- CARRÉ DE MALBERG. Teoría General del Estado. Página 741. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica. México, 2001.

- CÓDIGO CIVIL.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. Unión Europea. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. Diario Oficial n° C 116 de 20/04/2001.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 12 de junio de 1974; CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Expediente No.: 12684, Sentencia de fecha nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997). C. P. Doctor Ricardo Hoyos Duque; CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Expediente 20409. C.P. Doctor Ramiro Saavedra Becerra; CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Radicación 11001032400020040012301. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.
- COOTER, R. y ULEN, T. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica. México, 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-001 de 1992 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-557 de 1992; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-473 de 1994 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-009 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-399 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-600 de 1995 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 1996 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997. M.Ps.: Drs. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero Y Vladimiro Naranjo Mesa; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-341 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-710 de 1999 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-608 del 23 de agosto de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1162 de 2000.

- M.P. José Gregorio Hernández; CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1140, ago. 30/2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-389 de 2002; M.P. Clara Inés Vargas Hernández; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-692 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-041 de 2003 MP. Dr. Dr. Jaime Córdoba Triviño;
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Junio 30 de 1939; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 22 de noviembre de 1945. G.J. t. LIX, página 795; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 8/74; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 1974; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 1984; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
 - DEL PIAZZO, Carlos E. Régimen Regulatorio y de Fiscalización de los Servicios Públicos en Uruguay. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/10.pdf>
 - DIARIO OFICIAL DE CHILE. Edición del 30 de marzo de 1988. Ley de Tarifas de los servicios sanitarios de Chile. Decreto con fuerza de Ley 70 de 1988
 - DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Novena Edición. Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina. 2001.
 - EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1980. Página 79.
 - FERNÁNDEZ DE CASTRO RIVERA, Juan y DUCH BROWN, Nestor. Economía Industrial, un enfoque estratégico. Universidad de Barcelona, McGraw Hill. México, 2003.
 - GLIBOTA LANDRIEL. Verónica María Laura. "Algunos fundamentos para entender la ineficacia del mercado como mecanismo de regulación del contenido de las condiciones generales de la contratación, a la luz de la teoría del análisis económico del derecho" en la Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del Nordeste. Buenos Aires, Argentina. Disponible en <http://eco.unne.edu.ar/revista/01/04.pdf>

- GÓMEZ POMAR, Fernando. Working Paper No 113. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, enero de 2003. Disponible en <http://www.indret.com>.
- KAUFFMAN, Arthur. Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.
- KENNEDY, Duncan. "The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities". Primera publicación: American University Law Journal. 1985. Vol. 34. P. 942-949.
- KENNEDY, Duncan. "Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies". En: Newman, Peter (Ed.). "The New Pelgrave Dictionary of Economics and the Law". McMillan Reference. 1998. P. 465.
- LARROUMET, Christian. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS ESTIPULADAS EN LOS CONTRATOS EN DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y EN DERECHO FRANCÉS. Artículo publicado en POLÍTICA Y DERECHO DEL CONSUMO. Bibliotheca Millenio. Colección de derecho económico y de los negocios. Superintendencia de Industria y Comercio. El Navegante Editores. Bogotá, Colombia. Julio de 1998, página 170.
- LASHERAS, Miguel Ángel. La regulación económica de los servicios públicos. Ariel Economía. S.N. Barcelona, 1999.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios. Boletín Oficial del Estado. núms. 175 y 176, de 24-07-1984.
- Ley de Tarifas de los servicios sanitarios de Chile. Decreto con fuerza de Ley 70 de 1988.
- Ley 142 de 1994
- Ley 373 de 1997
- Ley 820 de 2003
- "LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE", publicado en el "Diario Portafolio" de Bogotá, del día 2 de agosto de 2005, disponible en http://www.portafolio.com.co/port_secc_online/porta_ana_online/2005-08-01/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-2166271.html
- MANJONE, Giandomenico. The Regulatory State and its Legitimacy Problems. Institut für Höhere Studien (IHS), Wien, Reihe Politikwissenschaft. Julio de 1998. Página 9.

- McCUBBINS, M.D. and SULLIVAN, T (eds.) Congress: Structure and Policy (Cambridge: Cambridge University Press, 1987).
- MULLER, Pierre. Las Políticas Públicas. Universidad Externado de Colombia. 12 de febrero de 2002. Página 32.
- NIETO NAVIA, Rafael. El Bien Común. Fundación Centro de Estudios Sociales Juan Pablo II. Bogotá, 1989.
- NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Elementos de Filosofía del Derecho. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 1997.
- POSNER, Richard A. "Theories of Economic Regulation". En: The Bell Journal of Economics and Management Science. 1974. Vol. 5.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.
- SALAZAR VARGAS, Carlos. Las Políticas Públicas. Pontificia Universidad Javeriana. Segunda edición. Bogotá, 1999. Página 40.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, en su obra "HACIA UN SERVICIO PÚBLICO EUROPEO. El nuevo derecho de los servicios públicos". Editorial Comares 2004.
- SPILLER, Pablo. Plan de Acción y Estrategia Regulatoria. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Bogotá, 2000.
- STAPPER BUITRAGO, Cristian, Osorio G, Ana Rocio. La independencia del regulador desde el enfoque del análisis económico del derecho, en Derecho de Aguas, Tomo II. Universidad Externado de Colombia. 2004
- STIGLER, George. "The Theory of Economic Regulation". En: The Bell Journal of Economics and Management Science. 1971..
- STIGLER, George J. "Monopoly". En: <http://www.econlib.org/library/Enc/Monopoly.html>
- TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS. HUMPHREY'S EXECUTOR V/S UNITED STATES, BUCKLEY V VALEO, 1976.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luís Guillermo. BIENES. Sexta edición. Editorial Temis. Bogotá, 1996. Página 77.
- WEBER, Max. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. México. 2002.

