

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

OFICINA ASESORA JURÍDICA

CONCEPTO UNIFICADO No. 29

Este concepto tiene como propósito señalar el criterio jurídico unificado de ésta Superintendencia en lo correspondiente a la naturaleza del Contrato de Condiciones Uniformes y el alcance del concepto que sobre su legalidad emiten las Comisiones de Regulación, así como en relación con el cobro de los consumos dejados de facturar según lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU – 1010 de 2.008.

NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES, NATURALEZA DEL CONCEPTO QUE SOBRE SU LEGALIDAD EMITEN LAS COMISIONES DE REGULACION Y COBRO DE LOS CONSUMOS DEJADOS DE FACTURAR POR ACTOS IMPUTABLES AL SUSCRIPTOR Y/O USUARIO DEL SERVICIO, SEGÚN LO DISPUESTO POR LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA SU - 1010 DE 2.008

1. CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANALISIS DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES - LA RELACION QUE EXISTE ENTRE LOS PRESTADORES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS Y LOS SUSCRIPTORES Y/O USUARIOS DEL SERVICIO.

El análisis acerca de la naturaleza del contrato de condiciones uniformes en nuestra opinión debe comenzar por una breve mención al capítulo quinto (5o) de la Constitución Política, que hace referencia a la "Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos", pues como suficientemente lo ha reconocido la Jurisprudencia tanto del Honorable Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, con ocasión de la expedición de la Carta del 91 cambió la concepción y/o el concepto hasta ese momento vigente en Colombia respecto de los Servicios Públicos, de suerte tal que su prestación ya no corresponde al ejercicio de una función típicamente administrativa a cargo exclusivo del Estado, por el contrario se trata de una actividad económica que puede ser ejercida por el Estado o los particulares, siendo un "derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la Ley" (art. 10 Ley 142/94), por lo tanto no se necesita autorización para prestarlos, salvo cuando se trate de concesiones para el uso de aguas o del espectro electromagnético (art. 25 Ley 142/94), de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico (art. 11 Ley 1341/2.009), de las concesiones para las actividades del servicio público de electricidad (Art 55 Ley 143/94) o cuando se establezcan áreas de servicio exclusivo (Arts. 40 y 74 Ley 142/94), casos en los cuales el legislador, como excepciones a la regla general ya enunciada, exige contar con la correspondiente y previa habilitación, lo anterior en ejercicio de la competencia que al ente legislativo le otorga el artículo 365 Constitucional para fijar el régimen jurídico al que estarán sometidos los servicios públicos, incluidos los domiciliarios.

A propósito de lo anterior, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo el 8 de Noviembre de 1.999, señaló:

"La Constitución Política de 1991 al reservar capítulo especial para los servicios públicos, los califica como inherentes a la finalidad social del Estado, al que se atribuye como función pública el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

El artículo 365 Constitucional asigna al legislador la competencia normativa para determinar el régimen jurídico al que se somete la prestación de los servicios públicos, por tanto, éste será el que determine la ley, pudiendo ser prestador por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares (arts 150.23 y 365); de modo que por una parte se reserva el legislador su regulación y, por otra, la más alta jerarquía normativa otorga la posibilidad de que agentes económicos privados presten los servicios, en ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada, en condiciones de libre competencia con el objeto de permitir su prestación eficiente y con calidad (art. 333)."

Tal pronunciamiento fue reiterado en los siguientes términos por dicha Corporación en la sentencia del 19 de junio de 2.008, expediente AP - [19001-23-31-000-2005-00005-01](#), Magistrada Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio:

“La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la 'función pública' y optó por un 'nuevo servicio público' basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía.

De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo 'neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final.

En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de función pública. Y no la reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materia son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que 'regirán el ejercicio de las funciones públicas' de aquellas que se ocupan de la 'prestación de los servicios públicos'.

En la misma línea, otros preceptos constitucionales se ocupan de ratificar el carácter especial que reviste el régimen legal de los servicios públicos; es así cómo la Constitución dispone que estos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (artículo 365); se defiende a la ley fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario (art. 367); se establece que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, su régimen de protección, formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio y definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (art. 369); se asigna al Presidente de la República dos importantes funciones de intervención económica en el mercado de los servicios públicos -regulación y control- y se determina que esta última la ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 370); en fin, se imponen unos términos especiales para la aprobación del régimen jurídico de los servicios públicos (art. 48 transitorio).

“De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco del Régimen Económico (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la Organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo entorno constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 C.N.).

“Esta superación de la vieja concepción orientada por el profesor Duguit conforme a la cual los servicios públicos eran una manifestación de la función pública, ha sido puesta de relieve en forma, por demás, reiterada por la Sala en múltiples pronunciamientos (...).

“Así, superada la teoría clásica de los servicios públicos que los asimilaba a una función administrativa e implantada -por virtud de la enmienda constitucional del año de 1991- una nueva concepción que los reformula como una actividad económica, inherente a las finalidades sociales de nuestro Estado de Derecho, es apenas natural que los instrumentos jurídicos que usualmente eran utilizados para prestarlos también hayan sufrido una significativa transformación.

“Por manera que si en la concepción clásica de la escuela realista de Burdeos los servicios públicos eran prestados como monopolios estatales y sólo por excepción eran entregados a los particulares mediante contratos de concesión (Jéze), en el nuevo esquema institucional el Estado es garante más no prestador único y los agentes (públicos, privados o mixtos) no requieren de contratos de concesión para la prestación del servicio”.

Ante esta concepción del servicio público como una actividad económica de índole especial en cuanto su

debida, continúa y eficiente prestación es inherente a la finalidad social del Estado, cuyos actores principales son, de un lado, las personas que prestan los servicios públicos a las que se refiere especialmente el artículo 15 de la Ley 142 de 1.994 y de otro lado el suscriptor (art. 14.31 Ley 142/94) y/o el usuario del servicio (art. 14.32 Ley 142/94), resulta apenas lógico que el legislador se hubiera ocupado de regular las relaciones jurídicas que entre estos se presentan, la cual, debe advertirse desde ya, no es, eminentemente contractual, pues si bien la fuente de la relación la constituye el contrato de condiciones uniformes que entre ellos se celebra, también hacen parte de normas de Derecho Público, ello en razón, precisamente, a la mencionada finalidad social inherente a los servicios públicos.

Lo anterior, se explica en los términos utilizados por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C - [263](#) de 1.996, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell:

"... Por lo tanto, dicha relación jurídica no solo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público, contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establecen el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, y a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante."

A su turno, dicho Cuerpo Colegiado, en la Sentencia SU - 1010 del 16 de Octubre de 1.998, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, señaló:

"Esta Corporación ha señalado en distintas oportunidades, que aún cuando el vínculo que surge entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y los suscriptores y suscriptores encuentra su fuente directa en el contrato, la relación jurídica que surge entre ellos no solamente se rige por las condiciones pactadas en el contrato de condiciones uniformes, sino también por los estrictos mandatos establecidos en la Constitución, ley y los reglamentos.

La obligatoria sujeción del contrato de servicios públicos domiciliarios al ordenamiento jurídico, concretamente a normas de derecho público, constituye, sin lugar a dudas, un límite a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad de las partes, claramente justificado en la necesidad de evitar que las empresas prestadoras abusen de su posición dominante, y en el hecho de ser los servicios públicos inherentes a la finalidad social del Estado y tener como fin principal y último, satisfacer las necesidades esenciales de las personas y garantizar el goce efectivo de sus derechos constitucionales -vida, salud, educación, seguridad social, etc-.

(...)

En esos términos, la jurisprudencia viene puntualizando que 'la relación jurídica entre el usuario y las empresas de servicios públicos domiciliarios es, en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley.

Conforme con tal interpretación, el artículo 132 de la Ley 142 de 1.994 dispone que el contrato de servicios públicos está regido por: (i) las disposiciones de esa misma Ley; (ii) las condiciones especiales que se pacten con los usuarios; (iii) las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y (iv) por las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Respecto del alcance de dicha norma, la jurisprudencia ha precisado que la misma 'impone una regla hermenéutica tendiente a la armonización jerárquica de esta ley con las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, con las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y con las normas de los códigos de comercio y civil, lo cual deja en evidencia la naturaleza dual, contractual y legal, de la relación existente entre los usuarios y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios."

Fue precisamente con base en el análisis del marco constitucional al que ya se hizo alusión, que esta Oficina Jurídica, en el concepto unificado número 12, arribó a la siguiente conclusión, que ahora ratifica:

"En conclusión, el contrato de servicios públicos que regula la ley 142 de 1.994, está sometido, como en pocos servicios públicos, a una fuerte regulación estatal, que encuentra su fuente principal en la Constitución Política, y que se desarrolla en las Leyes 142 de 1.994, 143 del mismo año y 689 de 2.001, además de la regulación que expiden las comisiones y en algunos sectores, por ejemplo, en acueducto y alcantarillado, a través de la reglamentación contenida en los Decretos y Resoluciones emitidas por las autoridades ambientales y sanitarias del país."

Así pues, analizado el carácter de la relación que surge entre el usuario y el prestador del servicio, resulta procedente hacer los siguientes comentarios en relación con la fuente primigenia de dicha relación, es decir, con el contrato de condiciones uniformes al que se refiere el título VIII del Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios.

2. NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES.

El contrato de condiciones uniformes es de aquellos llamados por la jurisprudencia y la doctrina como típico, dado que se encuentra específicamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el artículo 128 de la Ley 142 de 1.994 define el contrato de condiciones uniformes como "un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados."

Bajo el amparo de esta consideración, es posible afirmar que tal contrato tiene la característica de ser un acuerdo por el cual un suscriptor se adhiere a unas condiciones uniformes, es decir, a unas cláusulas establecidas previamente por la empresa oferente del servicio. Se trata de una modalidad de contratación consistente en que la totalidad de su contenido es dispuesto anticipada y unilateralmente por una de las partes y a la que la otra simplemente adhiere sin posibilidad de negociación o regateo.

En términos generales, se reconoce que la existencia de contratos con estas características, brinda beneficios económicos para las partes, toda vez que les permite reglar las situaciones contractuales, distribuir riesgos y, particularmente en el caso de los contratos de adhesión, reducir los costos de negociación.

El análisis económico del derecho contractua 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, porque puede promover la competencia reduciendo la diferenciación del producto, concentrándola principalmente en aspectos de precio. Sin embargo, debemos reconocer que tal competencia no es posible en el caso de los servicios de acueducto y alcantarillado, por lo tanto, difícilmente esta condición podría ser aplicable a dichos sectores. En segundo lugar, los contratos de adhesión 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.

Por otra parte cabe resaltar que el Estatuto de Servicios Públicos se encarga de regular los temas atinentes a su celebración (art. 129), a sus partes (art. 130), al deber de información que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos para con el suscriptor y/o usuario del servicio (art. 131), a su régimen legal, al abuso de la posición dominante por parte de los prestadores, estableciendo una serie de las cláusulas que de pactarse hacen presumir un actuar indebido por parte de estos (art. 133), al derecho a la prestación del servicio que tiene cualquier persona capaz de contratar, que habite o utilice de modo permanente un inmueble (art. 134), norma que debe ser interpretada de manera concordante con lo establecido en el artículo 44 del Decreto Ley 019 de 2.012, que exige, para los casos en los que la prestación del servicio público sea solicitada por un arrendatario, la autorización previa del arrendador, so pena de que el servicio requerido no pueda ser prestado, ya que, indica la norma: "Las empresas prestadoras de servicios públicos no podrán prestar el servicio respectivo sin la previa autorización expresa del arrendador".

De igual forma se encarga la ley de señalar que la obligación principal de las empresas es la prestación

del servicio público domiciliario a su cargo de manera continua y asegurando su buena calidad (art. 136) y en consecuencia regula el tema de la falla en la prestación del servicio y de su suspensión de común acuerdo, en interés del servicio y por incumplimiento de las obligaciones del suscriptor (arts. 137 y ss), también se encarga de normar el tema correspondiente a su restablecimiento (art. 142) debiéndose precisar que este artículo debe ser entendido en concordancia con lo establecido en el artículo 42 del Decreto - Ley 019 de 2.012, de suerte tal que en concepto de esta Oficina Jurídica, cuando de la suspensión del servicio se trata, desaparecidas las causales que le dieron origen, este deberá reestablecerse dentro del término previsto en dicha disposición, de suerte tal que quedó derogado el artículo 32 del Decreto 302 de 2.000 y el parágrafo 2 del artículo 57 de la Resolución CREG 108 de 1.997.

Adicionalmente, la Ley 142 de 1.994, teniendo en cuenta que su artículo 128 expresamente señala el carácter oneroso del contrato de condiciones uniformes, en sus capítulos V y VI del título VIII, trata los temas concernientes a la determinación del consumo facturable y las facturas, medio de cobro de la prestación a la que tiene derecho la empresa por la prestación del servicio público domiciliario.

Respecto del alcance de las normas citadas esta Oficina Jurídica, en diversas oportunidades, ha fijado su posición en relación con su contenido y alcance, siendo pertinente hacer mención a los conceptos unificados SSPD - OJ número 1 de 2.009, SSPD - OJ número 4 de 2.009 y SSPD - OJ número 12 de 2.010, a los cuales, teniendo en cuenta las aclaraciones antes efectuadas respecto a la interpretación que en su concepto se le debe dar a los artículos 42 y 44 del Decreto Ley 019 - 2.012, nos remitimos en su integridad.

Lo anterior sin perjuicio de unificar su posición respecto al carácter oneroso del contrato de condiciones uniformes, ello por el especial interés que reviste para el próximo tema que se tratará, relacionado con el cobro de los consumos dejados de facturar por actos imputables al suscriptor y/o usuario del servicio.

Dice así el artículo 95 de la Constitución Política:

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

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

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de la concepción de Justicia y equidad."

A su turno señala el artículo 367 de la Carta:

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

Y dispone el artículo 368 de la Carta:

"ART. 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas".

Tales normas fueron desarrolladas en el Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios, entre otros, en sus artículos 12, 34, 128, 130, 136, según los cuales si bien es cierto es una obligación de la empresa prestar el servicio de manera eficiente y continua, el suscriptor y/o usuario, inclusive las entidades oficiales,

tienen el deber de pagar, oportunamente, los servicios facturados, siendo el consumo la variable más importante a tener en cuenta para determinar el valor a pagar por estos últimos. (art. 146)

Lo anterior en los términos de la ya citada sentencia SU 1010 de 1.998:

"Para lo que interesa a la presente causa y, particularmente en relación con el carácter oneroso del contrato, debe recordarse que a pesar de que dentro de la concepción del Estado Social de Derecho los servicios públicos domiciliarios cumplen una función social, ello no significa que su prestación deba ser gratuita. En nuestro ordenamiento jurídico, el abandono del concepto de gratuidad en materia de servicios públicos, con excepción de algunos servicios como la educación, encuentra fundamento de manera particular en los artículos 95 y 368 de la Constitución Política, de acuerdo con los cuales todas las personas tiene el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad."

Y más adelante agregó la Honorable Corte Constitucional:

"El carácter oneroso del contrato de condiciones uniformes se explica, en tanto el pago que los usuarios o suscriptores realizan como contraprestación a los servicios recibidos permite (i) asegurar el equilibrio económico y financiero de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; (ii) contribuye al fortalecimiento de las mismas; (iii) incentiva la participación de los particulares en el mercado de los servicios públicos, lo cual contribuye a la ampliación de la cobertura en la prestación de los mismos y (iv) permite que el Estado pueda establecer políticas de orden social que permitan asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a las personas de escasos recursos; lo anterior, se funda en el principio de solidaridad, el cual, en esta materia, exige que aquellos que gozan de una mayor capacidad de pago contribuyan económicamente para lograr la cobertura del servicio en los estratos menos favorecidos.

Así las cosas, debe concluirse que la relación contractual que existe entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y los usuarios o suscriptores, implica el reconocimiento de obligaciones recíprocas que se relacionan, de manera particular, con el deber de la empresa de prestar el servicio en condiciones de eficiencia, regularidad, continuidad e igualdad y con el compromiso de los usuarios o suscriptores de pagar el precio correspondiente al servicio consumido." -Se ha subrayado.-

Dicho pronunciamiento ratificó lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en su sentencia del 2 de octubre de 1.997, en la cual, citando lo dicho en la sentencia C - [580](#) de 1.992, se mencionó:

"3. El carácter oneroso de los servicios públicos domiciliarios, los usuarios de los mismos y sus responsabilidades.

Cabe destacar que tanto de la noción que del contrato de servicios públicos da la ley, como del régimen constitucional de los mismos, se desprende una característica importante y es el carácter oneroso de estos servicios. Ya la Corte ha hecho énfasis en que pese a quedar 'supérstite en pocos servicios' actualmente la idea de gratuidad ha sido abandonada, siendo los servicios públicos por regla general onerosos y 'surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de justicia y equidad.

En efecto, de conformidad con el artículo 128 de la Ley 142 de 1.994, la empresa presta los servicios públicos al usuario 'a cambio de un precio' y, de otra parte, la misma Constitución, tratándose de los servicios públicos domiciliarios, alude a un régimen tarifario que ha de tomar en cuenta criterios de costos, solidaridad social y redistribución de ingresos. De igual manera la Carta Fundamental dispone que atañe a las autoridades la determinación de las autoridades competentes para fijar las tarifas (art. 367) y autoriza a la Nación, a los Departamentos, a los Distritos, a los municipios y a las entidades descentralizadas para que, en sus respectivos presupuestos, concedan subsidios a las personas de menores ingresos a fin de que 'puedan pagar las tarifas de los servicios públicos que cubran sus necesidades básicas.

En conclusión, el contrato de condiciones uniformes es de aquellos a los que se refiere el artículo 1496

del Código Civil como bilaterales en razón a que sus partes están obligadas recíprocamente entre sí, siendo la contraprestación más relevante por la prestación del servicio el pago del precio correspondiente a lo consumido por el suscriptor y/o el usuario, obligación a cuyo cumplimiento están obligados solidariamente tanto estos como el propietario del inmueble (art 130. Ley 142/94), lo cual, a su turno conlleva el derecho que tienen los prestadores del servicio a que se le cancelen estos emolumentos, tan ello es así que según las voces del parágrafo del artículo antes señalado, estos últimos no sólo pueden sino que deben suspender la prestación del servicio so pena de que se rompa la solidaridad allí prevista.

3. RÉGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES

Como se ha mencionado, el contrato de servicios públicos, como contrato de condiciones uniformes, encuentra su origen en la ley de servicios públicos domiciliarios, como contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

Hacen parte de tal contrato, según el mismo artículo, no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio.

Como contrato de adhesión, el contrato de condiciones uniformes presenta, inherentemente, ciertas asimetrías en la manifestación igualitaria del consentimiento. Tal circunstancia impone a las empresas el deber de informar con tanta amplitud como sea posible en el territorio donde prestan sus servicios, acerca de las condiciones uniformes de los contratos que ofrecen.

Así mismo, las empresas tienen el deber de disponer siempre de copias de las condiciones uniformes de sus contratos.

El incumplimiento de tal requisito trae como consecuencia que el contrato adolecerá de nulidad relativa si se celebra sin dar una copia al usuario que la solicite (artículo 131).

Respecto a su régimen jurídico, es necesario tener en cuenta que el Contrato de Servicios Públicos se rige por lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

En el marco de tal régimen, cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se debe tener en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular (artículo 132).

Finalmente, es del caso poner de presente que el Contrato de Servicios Públicos tiene un régimen especial en lo que corresponde a sus cláusulas abusivas. En efecto, la Ley 142 de 1994 prevé un régimen especial de posición dominante, comparado con el régimen tradicional en derecho de la competencia: de conformidad con el numeral 14.13 del artículo 14, posición dominante es:

“La que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”.

De especial relevancia para el Contrato de Servicios Públicos es la primera definición de posición dominante. Así, en referencia a tal definición, el artículo 130 dispone el régimen especial de cláusulas abusivas en las condiciones uniformes, denominadas por la Ley 142 de 1994 abusos de posición dominante, en el sentido antes visto, así:

“Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

- 133.1.- Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;
- 133.2.- Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;
- 133.3.- Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;
- 133.4.- Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;
- 133.5.- Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar 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;
- 133.6.- Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;
- 133.7.- Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;
- 133.8.- Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;
- 133.9.- Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;
- 133.10.- Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos;
- 133.11.- Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;
- 133.12.- Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;
- 133.13.- Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;
- 133.14.- Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:
- a.- Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y

b.- Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

133.15.- Las que permiten 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;

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, o

b.- Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o

c.- Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;

133.17.- Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

133.18.- Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;

133.19.- Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.

133.20.- Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;

133.21.- Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;

133.22.- Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;

133.23.- Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;

133.24.- Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;

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

133.26.- Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley.

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones

especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada”.

4. EL DERECHO DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS A COBRAR EL SERVICIO CONSUMIDO Y NO FACTURADO.

Teniendo el contrato de condiciones uniformes un carácter oneroso en virtud del cual las empresas tienen derecho a cobrar una tarifa en la cual el consumo es el elemento principal para su determinación, el artículo 146 de la Ley 142 de 1.994 consagra el derecho de estas a cobrar el servicio consumido y no facturado por causas a ella no imputables, pues cuando el consumo no se midió y por ende no fue facturado por causas imputables al prestador, pierden el derecho a recibir estos emolumentos.

En efecto, señala la norma:

"Art. 146.- La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.

Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un periodo no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros periodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.

Habrá lugar a determinar el consumo de un período con base en los de periodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares o en aforos individuales cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble. Las empresas están en la obligación de ayudar al usuario a detectar el sitio y la causa de las fugas. A partir de su detección el usuario tendrá un plazo de dos meses para remediarlas. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los seis últimos meses. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos seis meses. Transcurrido este período la empresa cobrará el consumo medido.

La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior (...)"

A su turno el artículo 149 ibídem, señala:

"Art. 149.- Al preparar las facturas, es obligación de las empresas investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Mientras se establece la causa, la factura se hará con base en la de periodos anteriores o en la de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes o mediante aforo individual; y a aclarar la causa de las desviaciones, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso."

Como lo señaló esta Oficina Jurídica en los conceptos SSPD - OAJ - 2008 - 690, la norma en cita plantea tres situaciones diferentes, a saber:

- Cuando el consumo no se pudo medir y por tanto no se pudo facturar por causas imputables a la empresa, en cuyo caso, como ya se mencionó, estas pierden el derecho a cobrar su valor.
- Cuando el consumo no se midió por causas que no son imputables a las partes del contrato, evento en el cual la empresa tiene derecho a cobrarlos conforme allí se indicó y siguiendo las pautas establecidas en el contrato de condiciones uniformes, sin que se considere que hubo incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, razón por la cual la empresa no puede suspender el servicio o dar por terminado el contrato.
- El tercer evento que prevé la norma ocurre cuando esta situación se presenta por causas imputables (acción u omisión) del suscriptor o usuario del servicio, evento en el cual la empresa prestadora tiene el derecho a cobrar el servicio no facturado y proceder a su suspensión y/o a la terminación del contrato, dado que conforme a lo establecido en los artículos 140 (modificado por el artículo 19 de la Ley 689/2.001) y 141 de la Ley 142 de 1.994, este hecho se debe tener como un incumplimiento del mismo.

Siendo en todo caso una obligación del prestador establecer las causas que producen, para el caso en comento, una disminución significativa entre el consumo del periodo correspondiente y los anteriores.

A propósito de lo anterior, indicó la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU - 1010 de 1.998:

"Respecto de la facultad de efectuar el cobro por el servicio consumido y no facturado, el artículo 146 de la Ley 142 de 1.994, el cual consagra el derecho que le asiste tanto a la empresa como al suscriptor o usuario a obtener la medición de los consumos mediante los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles, establece:

"(...)

De la norma en mención se desprende que dicha facultad puede ser ejercida por las empresas de servicios públicos domiciliarios, en aquellos eventos en los que efectivamente se prestó y consumió el servicio respectivo, pero no fue posible realizar la medición con los instrumentos técnicos establecidos para el efecto y siempre que esta situación no sea imputable a una acción u omisión de la empresa, ya que en este último supuesto, la prestadora perderá el derecho a recibir el precio correspondiente.

"(...)

Cuando la falta de medición tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, caso en el cual, además de que la empresa pueda determinar el consumo en las formas señaladas anteriormente, habrá justificación para proceder a la suspensión del servicio o a la terminación del contrato.

De igual forma, el artículo 149 de la Ley 142 de 1.994 le impone a las empresas de servicios públicos domiciliarios la obligación de investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores, caso en el cual, mientras se evalúa la causa, la factura se elaborará mediante los mecanismos atrás señalados. Una vez se establezca la causa de la desviación 'las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso.' Pasados cinco meses a partir de la entrega de la factura respectiva, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores, excepto en los casos en los que se compruebe dolo del suscriptor.

Así las cosas, es claro que el legislador facultó a las empresas de servicios públicos domiciliarios para recuperar el costo del servicio que ha prestado pero respecto del cual no ha recibido el pago, potestad que encuentra fundamento precisamente en la onerosidad que le es propia a este negocio jurídico, la cual, como se señaló con anterioridad, implica que el hecho de la prestación genere para la empresa el derecho de recibir el pago del servicio prestado. Adicionalmente esta se deriva del deber que tienen todos los usuarios de no trasladar a los demás el costo o carga individual por el acceso y disfrute del servicio y de la obligación contractual que éstos adquieren al momento de suscribir el contrato de condiciones uniformes."

Así pues, en opinión de esta Oficina Jurídica, que ahora se reitera, no hay duda sobre el derecho que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos para cobrar los consumos dejados de facturar por causas no imputables a ellas, debiéndose precisar que en modo alguno se trata de la imposición de una sanción pecuniaria. A propósito de lo anterior, se dijo en nuestro concepto SSPD-OAJ-2008-801:

"(...) la facturación de consumos no cobrados en periodos anteriores, por las causas señaladas en la ley, no constituye una práctica de imposición de sanciones pecuniarias al usuario. En virtud de las normas acá señaladas, es ajustado a la ley que las empresas tomen las medidas legales y contractuales que estén a su alcance para determinar los consumos no facturados y para obtener su pago, en los términos y condiciones señalados en las normas."

3. EL COBRO EFECTIVO DE LOS CONSUMOS DEJADOS DE FACTURAR - EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DEL USUARIO.

En lo que corresponde al mecanismo pertinente para el cobro efectivo de los consumos dejados de facturar sin presentarse causa imputable a la empresa, la Honorable Corte Constitucional consideró ajustado a la ley que estas emitan una nueva factura por estos conceptos, teniendo la obligación de informarle al usuario de manera clara, detallada y precisa cual es el valor del consumo objeto del cobro y la manera en la cual este fue calculado para que con base en esta información el suscriptor y/o usuario del servicio pueden, de considerarlo pertinente, interponer contra el acto de facturación los recursos previstos en el artículo 154 del Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios y de esta forma ejercer su Derecho de contradicción en vía gubernativa.

Ahora bien, en cuanto a la forma de establecer tales consumos, deberá indicarse en el contrato de condiciones uniformes dicha información, en todo caso dando cumplimiento a la metodología tarifaria respectiva.

Dijo la Honorable Corte Constitucional sobre el punto, conforme fue citada por ésta Oficina en el concepto antes identificado:

"Por las anteriores razones, esta Sala de Revisión considera que el cobro de la energía consumida dejada de facturar no corresponde a una sanción pecuniaria, ajustándose sí a las prerrogativas concedidas por los artículos 149 y 150 de la Ley 142 de 1.994. Además, tal cobro se realiza por medio de una factura adicional, contra la cual puede interponer el usuario los recursos de la vía gubernativa.

"(...)

Por otra parte, dado que por expresa disposición del artículo 149 de la Ley 142 de 1.994, las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentran facultadas para cobrar el servicio efectivamente consumido pero respecto del cual no han recibido el pago, las empresas accionadas podrán en estos casos, realizar nuevamente la facturación por este aspecto, trámite en el cual se le deberá indicar de manera clara, precisa y explicativa el valor del servicio consumido y dejado de facturar y la fórmula que se utilizó para su cálculo, sin que en ningún caso se pueda incluir o considerar valores por concepto de sanciones pecuniarias."

4. EL CONCEPTO DE LEGALIDAD DE LAS CONDICIONES UNIFORMES DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PUBLICOS.

Conforme el numeral 73.10 del artículo 73 de la Ley 142 de 1.994, dentro de las funciones y facultades especiales que le fueron conferidas a las comisiones de regulación se encuentra la de "dar concepto sobre las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de competencia (...)"

Esta norma debe ser interpretada en concordancia con lo dispuesto en el artículo 33 ejusdem, que en su aparte pertinente dice:

"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 en firme, precisa y debidamente fundada."

Según los artículos citados, es potestativo de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios someter los contratos de condiciones uniformes que regulan sus relaciones con sus usuarios y/o suscriptores a la opinión de la Comisión de Regulación correspondiente, las cuales emiten concepto previo sobre la legalidad de sus estipulaciones, de suerte tal que no juzgan o definen su legalidad, competencia que sólo le corresponde al juez del contrato.

Contrario a ello, estas consideraciones de las Comisiones de Regulación, debido a su carácter de prueba pericial, son elementos de juicio que debe analizar el juez al momento de fallar respecto de la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas, conforme lo establece el artículo 232 de la Ley 1564 de 2.012, según el cual:

"Artículo 232. Apreciación del dictamen. El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito (respecto de la cual no habrá lugar a duda alguna en relación con estos conceptos) y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso." - Paréntesis extratexto.-

De suerte tal que la decisión que en sede judicial se adopte sobre el particular bien puede acoger o apartarse de lo conceptuado por dichos entes estatales, pues como bien lo dijo la Sección Tercera (3a) del Honorable Consejo de Estado en su sentencia del 3 de marzo de 2.010, proferida dentro del expediente número 37.269, con ponencia de la Magistrada Ruth Stella Palacio Correa:

"El juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma."

De igual forma dicho concepto en forma alguna puede tenerse como un requisito que permita presumir la validez de las cláusulas incorporadas en el contrato de condiciones uniformes.

En este sentido se pronunció esta Oficina Jurídica en el concepto SSPD - OAJ - 2012 - 347, del 12 de Junio de 2.012. Se dijo en esa oportunidad:

"De igual manera se tiene que la Ley sólo previó una facultad consultiva en cabeza de las Comisiones de Regulación, consistente en dar concepto previo respecto de las condiciones uniformes de los contratos de las empresas, sin embargo, dicha facultad se ejerce también potestativamente por parte de las empresas, es decir, los prestadores no están obligados a acudir a las Comisiones de Regulación para solicitar concepto previo de legalidad sobre los contratos que van a entrar en vigencia con sus usuarios."

Así las cosas, bien puede concluirse que el concepto que sobre la legalidad de un contrato de condiciones uniformes o respecto de cualquiera de sus cláusulas emita la Comisión de Regulación correspondiente, es un muy importante pronunciamiento que debido a su carácter de prueba pericial, debe ser valorado por el Juez como una opinión de expertos en la materia, que obviamente no tiene carácter obligatorio y por ello bien puede la autoridad judicial declarar la nulidad de dicho acto jurídico así la Comisión hubiese emitido un pronunciamiento a favor de su legalidad.

5. EXISTENCIA DE UN MODELO INDICATIVO DE LAS CONDICIONES UNIFORMES DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PUBLICOS.

La tarea de la Comisión de Regulación en este campo se circunscribe exclusivamente a las funciones que

le otorga la Ley 142 de 1994, esto es, además de dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración, regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

Como puede observarse, si bien no es tarea de la Comisión regular las condiciones contractuales del Contrato de Condiciones Uniformes –CCU–, la expedición de un modelo indicativo de contrato, tiene un doble sentido: dar cuenta de la necesidad de preservar la integridad del consentimiento de cada contratante, previniendo abusos de posición dominante en el establecimiento de los términos contractuales, y promover la reducción de los costos de transacción para las partes del contrato, tal como se explica en lo sucesivo.

En relación con la posibilidad de un abuso de posición dominante en el establecimiento de los términos contractuales, debe tenerse presente que, por las características inherentes a los contratos de adhesión, existe la posibilidad de que la parte que establece los términos contractuales, pueda abusar de dicha circunstancia, mediante la inclusión unilateral de cláusulas abusivas en aspectos determinantes del contrato.

No debe entenderse dicha circunstancia como una afirmación de que efectivamente ello sucede. Sin embargo, si puede preverse la posibilidad de que este escenario se presente, en procura de proteger a la parte débil del contrato, esto es, a los suscriptores quienes no tienen posibilidad de negociación, ni de elegir un proveedor alternativo.

Tomando en cuenta la anterior precisión y ante el escenario de un contrato monopólico, las condiciones impuestas por el productor 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). 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.

Adicionalmente, la condición de monopolista contractual de la empresa se fortalece por el hecho de que no existan sustitutos cercanos para los servicios que provee el prestador de agua potable y alcantarillado. Bajo tal circunstancia, el usuario no tiene una canasta de elecciones posibles que le permita acceder al mecanismo de negociación para obtener las mejores condiciones posibles, lo que lo convierte en un “tomador” del precio y de los términos contractuales que este prevea.

Ante este escenario resulta apenas previsible que exista alguna forma de intervención que regule, esta falla de mercado. Por lo tanto, si bien no constituye una facultad de la Comisión regular este tipo de contratos, si es de su resorte dar garantía de la protección de los derechos de los usuarios, parte débil del contrato, ante un eventual abuso de posición dominante.

Con relación al segundo tema, es decir, respecto a los costos transacción en la celebración de un contrato, cabe señalar que estos están dados por los costos de búsqueda de contrapartes, 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.

La reducción de los costos de transacción por la existencia del modelo indicativo de CCU, 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. Específicamente, la expedición de un modelo indicativo por parte de la comisión reguladora le significa a la empresa un ahorro en los costos de búsqueda, ya sea medida por los honorarios del abogado que redacte los términos del contrato, o por la

búsqueda de un contrato de una empresa del mismo sector o de otro servicio público que pueda ser copiado y ajustado, al mínimo costo, a las condiciones de prestación particulares de la empresa.

Para el suscriptor o usuario las ganancias están dadas por la reducción en los costos por información asimétrica. Bien es sabido que la generalidad de los suscriptores desconoce los términos de la contratación y los pormenores de prestación del servicio, inclusive en lo que concierne a sus obligaciones y derechos en el contrato. Más aún si se considera que por las condiciones inherentes al contrato y al servicio que se presta, el consumidor o usuario solo tiene dos alternativas: acoger la minuta prevista por el productor o abstenerse de contratar, evento que resulta improbable en el caso de agua potable y saneamiento básico.

NOTAS AL FINAL:

1. Véase al respecto Cooter, R. y Ulen, T. (1998) Derecho y economía. Fondo de Cultura Económica.