



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, 01 de agosto de 2022

Señores
CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
Ciudad

La suscrita:

BERNAL SANCHEZ NATALIA ALEJANDRA, con C.C. No. 1.075.302.885

Autor del artículo de grado titulado EL LÍMITE A LA POSICIÓN DOMINANTE DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA, presentado y aprobado en el año dos mil veintidós (2022) como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo.

Autorizo al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma: _____

Vigilada Mineducación



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO

AP-BIB-FO-07

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 3

TÍTULO: EL LÍMITE A LA POSICIÓN DOMINANTE DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA.

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
BERNAL SANCHEZ	NATALIA ALEJANDRA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
N/A	

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
LOPEZ DAZA	GERMAN ALFONSO

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD: CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

PROGRAMA O POSGRADO: ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

CIUDAD: NEIVA

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2022

NÚMERO DE PÁGINAS: 28

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas___ Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general___ Grabados___
Láminas___ Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones_ **X**___
Tablas o Cuadros___

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: N/A

MATERIAL ANEXO: N/A

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria): N/A

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
Servicios públicos domiciliarios	Home public services
posición dominante	dominant position
abuso.	abuse

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

Los servicios públicos domiciliarios se encuentran debidamente reglamentados en el ordenamiento jurídico colombiano, a tal punto que la norma consagra la forma de su prestación, los parámetros que rigen las relaciones con los usuarios y el control que debe ejercerse sobre este tipo de actividades. En este sentido, la Ley 142 de 1994 que regula los servicios públicos domiciliarios, avala la posibilidad de que las empresas prestadoras ostenten una posición dominante frente a los usuarios, pero a la vez, contempla una serie de cláusulas que se catalogan como abusivas, las cuales no pueden ser incorporadas en los contratos que celebran. Sin embargo, existen otras formas en que estas entidades ejercen su posición dominante, poniendo en una clara situación de indefensión a los ciudadanos que necesariamente requieren el acceso a los servicios públicos domiciliarios. Este trabajo, se interroga sobre las prácticas que pueden constituir un abuso de la posición dominante y los límites que tienen las empresas frente a estas.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

Residential public services are duly regulated in the Colombian legal system, to the point that the norm establishes the form of their provision, the parameters that govern relations with users and the control that must be exercised over this type of activity. In this sense, Law 142 of 1994, which regulates residential public services, endorses the possibility that service providers hold a dominant position vis-à-vis users, but at the same time contemplates a series of clauses that are classified as abusive, which they cannot be incorporated into the contracts they enter into. However, there are other ways in which these entities exercise their position, placing dominant citizens in a clearly defenseless situation, who nevertheless require access to home public services. This work questions the practices that can constitute an abuse of the dominant position and the limits that companies have against them. In this sense, a qualitative methodology is approached insofar as a documentary-type analysis is made.

APROBACION DE LA TESIS: No Aplica

Nombre Presidente Jurado:

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	3 de 3
---------------	---------------------	----------------	----------	-----------------	-------------	---------------	---------------

Firma:

Nombre Jurado:

Firma:

Nombre Jurado:

Firma:

**El límite a la posición dominante de las empresas prestadoras de servicios
públicos domiciliarios en Colombia**

Autor:

Natalia Alejandra Bernal Sánchez

Director: Germán Alfonso López Daza.

**Universidad Surcolombiana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Mayo 2022**

Tabla de contenido

Resumen	3
Abstract	3
Palabras clave	4
Key words.....	4
Introducción	5
1. Capítulo 1. Generalidades sobre los Servicios públicos Domiciliarios	7
1.1. Surgimiento de la noción de servicios públicos	7
1.2. Noción de Servicios Públicos en Colombia.....	8
1.3. Surgimiento de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia ..	10
1.3.1. Constitucionalización de los servicios públicos	11
1.3.2. Servicios públicos domiciliarios según la Corte Constitucional	13
2. Capítulo 2. Abuso de la posición dominante	15
2.1. Posición dominante	15
2.2. Abuso de la posición dominante	18
3. Capítulo 3. Límites al abuso de la posición dominante	20
3.1. Límites a la posición dominante en la Ley 142 de 1994.....	21
3.1.1. Artículo 34 de la Ley 142 de 1994.....	21
3.1.2. Artículo 133 de la Ley 142 de 1994.....	22
Conclusión	24
Conclusiones	Error! Bookmark not defined.
Referencias	Error! Bookmark not defined.

El límite a la posición dominante de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia

Resumen

Los servicios públicos domiciliarios se encuentran debidamente reglamentados en el ordenamiento jurídico colombiano, a tal punto que la norma consagra la forma de su prestación, los parámetros que rigen las relaciones con los usuarios y el control que debe ejercerse sobre este tipo de actividades. En este sentido, la Ley 142 de 1994 que regula los servicios públicos domiciliarios, avala la posibilidad de que las empresas prestadoras ostenten una posición dominante frente a los usuarios, pero a la vez, contempla una serie de cláusulas que se catalogan como abusivas, las cuales no pueden ser incorporadas en los contratos que celebran. Sin embargo, existen otras formas en que estas entidades ejercen su posición dominante, poniendo en una clara situación de indefensión a los ciudadanos que necesariamente requieren el acceso a los servicios públicos domiciliarios. Este trabajo, se interroga sobre las prácticas que pueden constituir un abuso de la posición dominante y los límites que tienen las empresas frente a estas.

Abstract

Residential public services are duly regulated in the Colombian legal system, to the point that the norm establishes the form of their provision, the parameters that govern relations with users and the control that must be exercised over this type of activity. In this sense, Law 142 of 1994, which regulates residential public services, endorses the possibility that service providers hold a dominant position vis-à-vis users, but at the same time contemplates a series of clauses that are classified as abusive, which they cannot be incorporated into the contracts they enter into. However, there are other ways in which these entities exercise their position,

placing dominant citizens in a clearly defenseless situation, who nevertheless require access to home public services. This work questions the practices that can constitute an abuse of the dominant position and the limits that companies have against them. In this sense, a qualitative methodology is approached insofar as a documentary-type analysis is made.

Palabras clave

Servicios públicos domiciliarios, posición dominante, abuso.

Key words

Home public services, dominant position, abuse.

Introducción

En el presente análisis, se efectúa un estudio cualitativo sobre el ejercicio de la posición dominante ejercido por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, principalmente sobre los límites establecidos por el legislador y la jurisprudencia en cuanto a las prácticas abusivas.

Inicialmente, se abordó el surgimiento histórico normativo de las nociones de servicios públicos y de servicios públicos domiciliarios, y la importancia que representó para las ciencias jurídicas en general.

Se analizó la constitucionalización de los servicios públicos en Colombia, partiendo del artículo 365 y los desarrollos jurisprudenciales efectuados por la Corte Constitucional, identificando sus características esenciales.

También, se estudiaron algunas concepciones sobre los servicios públicos domiciliarios partiendo de desarrollos doctrinales que identifican los aspectos esenciales que los componen, lo que nos permite comprender su significación y trascendencia.

Se abordó la Ley 142 de 1994, con la cual se pudo identificar los desarrollos normativos que permiten la existencia de una posición dominante en el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en el despliegue de sus relaciones con los particulares; igualmente, se pudieron identificar las cláusulas abusivas que fueron enunciadas expresamente por el legislador, cuya aplicación se encuentra vedada en los contratos que celebren con los ciudadanos.

Finalmente, se estudiaron algunos pronunciamientos efectuados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de las Comisiones de Regulaciones y por el Consejo de Estado, que nos permitieron identificar otras prácticas abusivas en perjuicio de los usuarios, diferentes a las contempladas en la normatividad, resaltando las limitantes que estos organismos han esbozado

para mitigar el menoscabo de los derechos de los usuarios, situación que nos permitió erigir una serie de conclusiones sobre el indebido ejercicio de la posición dominante por parte de estas entidades.

1. Capítulo 1. Generalidades sobre los Servicios públicos Domiciliarios

La estructuración del concepto de servicios públicos domiciliarios, no se dio de manera espontánea, sino que respondió a una serie de acontecimientos históricos que conllevaron a su surgimiento.

1.1. Surgimiento de la noción de servicios públicos

La noción de servicios públicos domiciliarios, podemos decir que no tiene un origen propio en el sistema jurídico colombiano, debido a que éste se desarrolló partiendo de ejemplos foráneos que terminaron influyendo los ordenamientos internos de los países latinoamericanos.

En este sentido, Auby y Ducos-Ader (1969) y Lopez (1989), citados por Sendín (2005), nos cuenta sobre el nacimiento de una teoría sobre los servicios públicos que:

La construcción teórica del servicio público se produce, en sentido estricto, en la Francia de los primeros años del siglo xx, de la mano de Hauriou y los autores de la Escuela de Burdeos, con Duguit y Jézé a la cabeza. Pero esta institución dio sus primeros pasos con anterioridad, pues ya durante el siglo xix comienza a gestarse su aparición. (p. 1037)

Lo anterior, nos muestra que los primeros referentes en cuanto a la estructuración de un derecho sobre la prestación de servicios públicos, se dieron propiamente en Francia, que como bien sabemos, es la cuna del derecho administrativo en el mundo.

Sin embargo, la génesis de la noción del servicio público en el país europeo fue muy trascendental en el mundo del derecho, debido a que fue éste el catalizador

para que naciera todo un régimen jurídico administrativo que se centraba en regir únicamente las relaciones entre el Estado y los particulares.

Respecto a lo anterior, nos cuenta Pisier-Kouchner (1972), citada por Gordillo (2013) en su obra *Tratado de Derecho Administrativo* que:

La noción de servicio público floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración, y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo la relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia contencioso-administrativa, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, etc.

Esto nos muestra la importancia histórica que tiene el surgimiento y el posterior desarrollo de la noción de los servicios públicos, pues de lo previamente referenciado se desprende que, gracias a esto, se dieron los primeros vestigios de un derecho administrativo que buscó regular inicialmente la forma en que la administración contrataba con los particulares, aspecto que justificó precisamente la existencia de una jurisdicción contenciosa administrativa.

Quiere decir lo anterior que, desde un punto de vista normativo, la creación de una noción sobre los servicios públicos sentó las bases para el surgimiento de todo el entramado que compone hoy en día al derecho administrativo, lo que reviste de mayor importancia su estudio.

1.2. Noción de Servicios Públicos en Colombia

Si bien, los cimientos de una estructuración normativa alrededor de los servicios públicos en el mundo se dieron en Francia a inicios del siglo XX, desde un punto de vista formal, podría decirse que, en Colombia, mucho antes ya se estaba abordando la necesidad de que la administración asumiera un papel más activo y

garantista frente a la prestación de los servicios públicos.

En este sentido, encontramos que, en nuestro país, el surgimiento y desarrollo del concepto de servicios públicos respondió a una evolución histórica que fue dando forma a las características e interpretaciones que hoy en día le componen.

Según nos cuenta Rey, Lizcano y Chacón (2011) las primeras concepciones sobre servicios públicos en Colombia aparecieron hacia mediados del siglo XIX, después de múltiples problemas que se presentaron con los prestadores que en ese entonces eran únicamente privados, lo que derivó en que las entidades territoriales asumieran un papel más activo frente a la garantía de los servicios públicos, tomando una mayor responsabilidad social y también política frente al tema.

En este sentido, podemos entender que, en Colombia, los servicios públicos, en sus inicios, no eran prestados ni regulados por entidades del Estado, sino que estos se encontraban a cargo de empresas y organizaciones de derecho privado que comerciaban con estos y poco se preocupaban por la calidad del servicio y el beneficio de los usuarios.

La prestación de los servicios públicos por parte de privados, se debió en gran parte a la puesta en marcha de la Constitución Política de 1886, la cual enarbolaba la libertad de las iniciativas privadas para el establecimiento de negocios que suplieran las necesidades generales del mercado, en donde el Estado tenía una mínima participación; si bien, en un principio esto impulsó el desarrollo de la infraestructura de servicios públicos domiciliarios, con el tiempo, el acceso a estos se volvió un lujo al que la mayoría de la población no podía acceder. (Valencia, 2010)

Estos privados, limitaban la prestación a las áreas urbanas algo desarrolladas, para ese momento, y el Estado no intervenía en ningún sentido, por lo que eran

directamente los prestadores de los servicios quienes se encargaban de fijar tarifas, definir su cobertura, y establecer sus propias reglas de operación. (Pardo, Uribe y Vásquez, 2005; Rey, Lizcano y Chacón, 2011)

Sin embargo, teniendo en cuenta lo anterior podemos decir que, debido a la falta de capacidad y al mal manejo que daban estas empresas, el Estado, representado por las entidades territoriales directamente, se vio obligado a intervenir y empezar a establecer un control en la prestación de estos servicios, para evitar los abusos hacia la ciudadanía por parte de estas entidades privadas.

1.3. Surgimiento de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia

Como se mencionó atrás, anteriormente no había ninguna regulación explícita sobre la prestación de los servicios públicos, sino que fue hasta la proclamación de la actual Constitución Política de Colombia que se inició una proliferación de sus desarrollos normativos y jurisprudenciales.

En este sentido, teniendo en cuenta que si no existía antes de la Constitución de 1991 una mención expresa sobre los servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano, mucho menos lo había en relación con los servicios públicos domiciliarios.

Entonces, podemos decir que la noción de servicios públicos dentro del sistema normativo colombiano, es una novedad que trajo consigo el constituyente de 1991, que respondió a la necesidad de que el Estado asumiera un papel más activo, protector, y garantista, frente a algunas actividades que tenían una gran trascendencia para el bienestar de la sociedad.

Anterior a esto, no existía alguna fuente jurídica que abordara y desarrollara la

noción de servicio público, siendo la actual constitución el punto de partida para la estructuración de una normatividad concreta sobre la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Al respecto, mencionan Cardona, Gaviria, Piedrahita y Salazar (2004) que, fue a partir de la constitucionalización de los servicios públicos en 1991 que se sentaron las bases para el desarrollo de lo que se conoce hoy en día por servicios públicos domiciliarios, pues ni en la constitución anterior, ni por voluntad del legislador, se habían establecido regulaciones en concreto sobre la prestación de servicios por parte del Estado.

Se entiende de lo anterior que, para el caso colombiano, el desarrollo teórico normativo sobre los servicios públicos inició formalmente a partir del año 1991, lo que reviste de gran trascendencia los desarrollos sobre este tema, teniendo en cuenta que la Constitución Política goza de primacía ante las demás normas y sus contenidos fungen como mandatos de optimización para todo el ordenamiento jurídico colombiano.

1.3.1. Constitucionalización de los servicios públicos

Como se dijo previamente, los servicios públicos no encontraban una reglamentación clara y taxativa antes de la promulgación de la actual Constitución Política, la cual dispuso en su artículo 365 que:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos

servicios. (Constitución, 1991, art. 365)

Como se puede evidenciar, la nueva carta política le dio un papel más preponderante a los servicios públicos, mencionando incluso que estos son intrínsecos a las finalidades del Estado social de derecho, lo que quiere decir que el garantizar su adecuada prestación es una de las razones de ser del actual Estado colombiano.

Igualmente, se puede ver que el constituyente de 1991, continuando con los vestigios de la carta superior de 1886, autorizó para que privados continuaran comerciando con los servicios públicos.

Ahora bien, en cuanto a los servicios públicos domiciliarios propiamente dichos, mencionó el artículo 367 que:

La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. (Constitución, 1991, art. 367)

Si bien, este artículo nos permite concluir que la Constitución de 1991 sí contempló expresamente la noción de servicio público domiciliario, lo cierto es que se limitó a exhortar al congreso para que estableciera toda una reglamentación alrededor de estos, pues les otorgó amplias facultades para definir todo lo relacionado con su prestación y regulación.

Empero, no se establecieron desarrollos constitucionales claros sobre el alcance de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, ni sobre la significación de

estos, y mucho menos sobre los límites que deben observarse para la protección de los derechos fundamentales de los usuarios.

En este orden de ideas y similar a lo previamente mencionado, nos cuenta Cardona, Gaviria, Piedrahita y Salazar (2004) sobre la definición de servicios públicos domiciliarios que:

(...) ni la Constitución ni la ley lo definen expresamente. Ha sido la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia la que se ha encargado de dar una noción, manifestando que del estudio de los artículos 365 y 367 de la Carta Política, se puede concluir que el servicio público es el género y el servicio público domiciliario es una especie de aquél, agregando que son servicios públicos domiciliarios aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas, con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y que cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las persona. (p. 74).

Lo anterior, nos da un primer vistazo sobre la definición de servicio público domiciliario, y nos muestra una clara relación entre género y especie que se da entre las nociones de servicios públicos y de servicio público domiciliario, ejemplificando cuales podrían encajar en esta concepción.

1.3.2. Servicios públicos domiciliarios según la Corte Constitucional

Teniendo en cuenta lo dicho por los anteriores tratadistas, ha sido la máxima intérprete de nuestra carta fundamental la que se ha encargado de fijar los estándares para la definición de los servicios públicos domiciliarios, por lo que es menester analizar algunos pronunciamientos al respecto que nos permitan identificar las características esenciales que componen la noción de servicios

públicos domiciliarios.

Así las cosas, dijo la Corte Constitucional tras analizar el artículo 367 superior en Sentencia T-578 de 1992, sobre los servicios públicos domiciliarios, que estos son:

(...) una categoría especial de servicios públicos, los llamados "domiciliarios", que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. (p. 11)

Lo anterior, nos permite comprender que, aquellos servicios que pueden encajar en la especie de domiciliarios, son aquellos que encuentran sus acometidas directamente en las viviendas y que se utilizan para suplir las necesidades básicas, tales como el acueducto, el alcantarillado y la electricidad.

En esta oportunidad la Corte también estableció unos criterios que determinan o individualizan al servicio público, permitiendo su identificación; al respecto mencionó que:

Son características relevantes para la determinación del servicio público domiciliario las siguientes, a partir de una [sic] criterio finalista: a) (...), puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la la [sic] regulación, el control y la vigilancia de los servicios. b) (...) tiene una [sic] "punto terminal" que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario "la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa". c) (...) está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. (p. 11)

Lo anterior, nos permite comprender con mayor facilidad, cuando nos encontramos

frente a la existencia de un servicio público domiciliario, siendo todo aquel prestado por el Estado o por particulares, que tienen puntos terminales en viviendas o lugares de trabajo, y que se dirigen a satisfacer las necesidades primarias de las personas.

2. Capítulo 2. Abuso de la posición dominante

Teniendo claro las anteriores nociones sobre servicios públicos domiciliarios, su prestación y habiendo identificado las características que le componen, podría decirse que se encuentra mas abonado en camino para comprender el concepto de abuso de la posición dominante por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En este sentido, vamos a abordar la noción de posición dominante, de abuso de la posición dominante, y su ejercicio por parte de empresas de servicios públicos domiciliarios, para comprender que es y como opera esto en la práctica.

2.1. Posición dominante

Sobre el concepto de posición dominante, es menester acudir a lo dicho por Calderón (2020), quien nos cuenta que “La posición de dominio es una situación privilegiada de poder, capacidad o alcance que una empresa o una persona tiene sobre el mercado, que busca favorecerse para empoderarse, perpetuarse o expandirse”. (p. 11)

Como se puede entender de lo anterior, la posición dominante podría entenderse como una condición que gozan algunas empresas, que ostentan un poder especial en cierto sector del mercado, y de entrada nos indica que tal situación conlleva o

es aplicada a la búsqueda del beneficio particular de la entidad, que le ayude a fortalecerse aún más.

El máximo tribunal en materia constitucional de Colombia, ha abordado la definición de posición dominante, indicando que:

La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. (Corte Constitucional, 1997, pp. 6-7)

De la anterior definición que nos ofrece la Corte Constitucional, podemos denotar que la misma incorpora ciertos elementos adicionales que nos permiten entender con mayor exactitud cuando estamos en presencia de una posición dominante y que implicaciones tiene tal situación.

Así pues, se entiende que hay una posición dominante cuando la empresa o entidad que fluctúa en el mercado, goza de mayor poder para actuar frente a sus competidores, lo que deriva en que se presenten situaciones como que sea la misma empresa la que se encargue de fijar los precios de productos o servicios en el mercado, las cantidades a ofertar y autonomía en la toma de decisiones que pueden incidir en todo el gremio en general.

En este sentido, la posición dominante puede ser ejercida por cualquier empresa en general, y no solo por ostentarse tal estatus podría hablarse de un menoscabo o abuso a la libre competencia y a los derechos de los consumidores.

El Decreto 2153 de 1992, define con claridad lo que se entiende por posición

dominante, mencionando que es “La posibilidad de determinar, directa o indirectamente las condiciones de un mercado” (Decreto 2153, 1992, art. 45), lo que per se no significa que tener una posición dominante sea un abuso.

Respecto a lo anterior, nos cuenta Rodríguez (2015) que:

La posición de dominio no es en sí misma ilegal o ilegítima, pues la misma puede ser el resultado de que una empresa al competir con otras empresas, logró una posición de superioridad en uno o varios aspectos determinados del mercado. Así, la posición de dominio se puede dar por políticas empresariales que tenga una compañía respecto a la fidelización del consumidor a una empresa o producto a través de estrategias de precios y calidades. (párr. 3)

Lo anterior, nos deja claro que existe una concepción herrada en cuanto a al ejercicio en el mercado mediante una posición dominante, porque, si bien la misma puede conllevar al abuso de poder por parte de las empresas o entidades que lo ostenten, no quiere decir que solo por tener tal posición necesariamente las empresas incurran en prácticas abusivas que rayen en lo ilegal.

No obstante, si bien el tener una posición dominante en el mercado no es ilegal por sí mismo, tal situación si puede ser determinante para que empiecen a surgir comportamientos despóticos con los clientes o usuarios, situación que podría catalogarse como un abuso de la posición dominante.

En el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, el numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, nos indica expresamente cuando se entiende que estas entidades gozan de una posición dominante.

Así las cosas, contempla esta norma que la 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. (Ley 142, 1994, art.14.)

En este sentido, podemos evidenciar que la posición dominante puede ser ejercida de dos formas; la primera, se refiere a la existencia de una superioridad frente a los usuarios, por el simple hecho de tener un vínculo contractual, lo que quiere decir que siempre va a existir una posición dominante en el ejercicio de cualquier función por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos frente a sus clientes.

La segunda, alude a la posición dominante que puede tener una ESP frente a sus competidores, lo que acontece cuando la empresa posee el 25% de los usuarios que componen determinado sector.

2.2. Abuso de la posición dominante

Sobre la concepción de abuso de la posición dominante, cuenta Velandia (2011) citado por Estupiñán, Caldas y Ortiz (2014) que:

“Abusar de la posición de dominio significa obtener provecho de la posición de dominio, es decir, obtener ganancia injustificada basado en la falta de competencia efectiva” (Velandia, 2011: 177). El mismo autor aclara más adelante que “El abuso de la posición dominante se presenta cuando una vez definido que existe un agente económico con posición de dominio este tiene comportamientos que ponen en riesgo el mercado (típico) o cuando el agente obtiene provecho injustificado de la falta de competencia (atípico). (p. 53)

Como se desprende de lo anterior, podría decirse que el abuso de una posición

dominante por parte de una empresa, se da cuando ésta, valiéndose de su superioridad ante la competencia o ante los usuarios, obtiene un provecho injustificado que termina afectando los derechos e intereses de las personas.

Esto, rompe completamente con las buenas prácticas del mercado y conlleva a una inestabilidad dentro de sector, que es precisamente lo que amerita la existencia de normas que regulen estas prácticas y de entidades de control que intervienen para sancionar estos comportamientos.

En el caso de la posición dominante en las empresas prestadoras de servicios públicos, el Consejo de Estado ha dicho que:

(...) se presume cuando se obliga al usuario a recurrir a la misma o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o cuando le limitan la libertad al usuario para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio. (Ámbito Jurídico, 2015, párr. 1)

Lo anterior, podría decirse que acontece cuando una empresa de servicios públicos domiciliarios impone requisitos que se separan o se aíslan de lo que se entiende por libre competencia, como podría serlo el negar el acceso a un servicio hasta tanto no adquiera otro servicio con la misma entidad.

Estas prácticas, se encuentran completamente vedadas en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose una serie de reglamentaciones claras al respecto, incluso en materia constitucional.

Así las cosas, encontramos que, en Colombia, se han erigido reglamentaciones específicas sobre la posición dominante y sobre la prohibición de hacer uso de ésta para obtener un beneficio que ponga en detrimento las prerrogativas de los usuarios.

3. Capítulo 3. Límites al abuso de la posición dominante

Partiendo directamente de la Constitución Política de Colombia, encontramos que en su artículo 333, contempla expresamente que

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. (Constitución, 1991, art. 333)

Nótese como directamente desde nuestra carta fundamental, se establece con claridad que es una obligación del Estado colombiano garantizar que las entidades o empresas no hagan uso de forma abusiva de la posición de dominio que puedan ostentar en determinado sector del mercado.

Lo anterior, aplica también en el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, quienes al igual que todas las demás, deben acatar los mandatos establecidos por el constituyente de 1991.

En similar sentido, el artículo 365 constitucional define a los servicios públicos como inherentes a la función social del Estado, indicando también que será este, el encargado de preservar su regulación, control y vigilancia, con ocasión a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, mencionando que será la Ley, la que se encargué de fijar competencias y responsabilidades relacionadas a la prestación, cobertura, calidad, financiación y tarifas (Constitución, 1991, artículo 367).

Como consecuencia al mandato instruido por la norma superior, el Congreso de la República expidió la Ley 142 de 1994 *Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*, la cual tiene una serie de articulados que abordan directamente la no utilización de la posición dominante para implementar prácticas abusivas que perjudiquen a los usuarios.

3.1. Límites a la posición dominante en la Ley 142 de 1994

Como se mencionó previamente, la Ley 142 de 1994 contempló expresamente unas prohibiciones en cuanto al ejercicio de la posición dominante, por lo cual es pertinente abordar cada uno de estos por separado para poder comprender la finalidad de cada uno de estos.

3.1.1. Artículo 34 de la Ley 142 de 1994

El artículo 34 de la Ley 142 de 1994, es el primero que establece una serie de prohibiciones taxativas, que buscan evitar que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, perciban mayores beneficios a causa de una competencia desleal o mediante la afectación de los intereses de los usuarios.

Así pues, menciona este artículo que:

Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia. (Ley 142, 1994, art. 34.)

Como se puede observar, esta norma es bastante clara al establecer que las

empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden desplegar actuaciones que vayan en contravía de la garantía de una adecuada competencia dentro del mercado.

En este sentido, éste mismo artículo enlista una serie de eventos en los cuales se entiende que se está haciendo uso de prácticas abusivas, siendo estos, el cobro indebido de tarifas, la prestación gratuita o mediante precios inferiores a los establecidos, los acuerdos bajo la mesa con otras entidades sobre la repartición del servicio y el cobro de los servicios, y finalmente nos remite al Código Comercio en cuanto a los actos de competencia desleal y al artículo 133 de la misma Ley. (Ley 142, 1994, art. 34.)

Así las cosas, es claro que las empresas prestadoras de servicios públicos, deben tener en consideración las normas que regulan la prohibición de la competencia desleal y deben acatar la prohibición que trae el artículo 133 sobre abuso de la posición dominante.

3.1.2. Artículo 133 de la Ley 142 de 1994

Este artículo 133 de la Ley 142 de 1994, contempla una serie de eventos en los cuales se entiende que se está haciendo utilización de forma abusiva de la posición dominante que ostentan las empresas de servicio públicos frente a sus usuarios.

En este sentido, se presume que hay un abuso de la posición dominante cuando se pactan cláusulas que excluyen totalmente la responsabilidad de la empresa, las que facultan a la empresa para modificar unilateralmente el contrato y las condiciones de prestación del servicio, las que obligan a los usuarios a adquirir mas servicios de la misma empresa o de terceros, las que obligan a comprar a proveedores en específico, las que imponen renuncia de derechos legales y

contractuales, las que autorizan a la empresa para actuar en nombre y representación del usuario, las que trasladan la carga de la prueba únicamente al suscriptor, las que limitan el ejercicio de las acciones legales y contractuales, las que le dan la potestad a la empresa de definir el factor territorial para un eventual proceso judicial, las que dan plazos excesivos para que la empresa cumpla sus obligaciones, las que presumen la aceptación del suscriptor frente a modificaciones, las que eximen de responsabilidad a las empresas, las que avalan a las empresas para pedir indemnizaciones por terminación de contratos, las que limitan el derecho del usuario de solicitar la terminación del contrato, las que obligan al suscriptor a permanecer mas de dos años con un servicio, las que obligan al usuario a aceptar la cesión del contrato, las que imponen formalidades injustificadas y excesivas, las que merman el derecho de retención a favor de los usuarios, y todas las demás que limiten los derechos y deberes que se desprenden del contrato. (Ley 142, 1994, art. 133)

Si bien la lista es bastante extensa, los eventos en los que podemos decir que puede presentarse un abuso de la posición dominante no se limitan solo a estos, pues en la práctica se presentan múltiples hechos en que las empresas sea provechan de su superioridad.

En este sentido, existen múltiples pronunciamientos por parte del Consejo de Estado donde se han reconocido la existencia de un abuso de la posición dominante, en situaciones diferentes a las contempladas por el legislador.

Así pues, en la sentencia dictada bajo el radicado 25000-23-24-000-2008-00282-01, el Consejo de Estado sentenció que, si era viable que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios impusiera sanciones por abuso de la posición dominante, en casos diferentes a los contemplados en la Ley 142 de 1994, como lo puede ser el cobrar continuamente un servicio al cual no se ha tenido acceso. (Consejo de Estado, 2014)

En otra oportunidad, el Consejo de Estado avaló la sanción impuesta por la

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a una empresa que impedía la circulación en su área de influencia de instaladores al mercado de instalación de redes internas de gas natural. (Ámbito Jurídico, 2015).

Lo anterior, nos permite evidenciar que, en la práctica, se presentan muchas otras situaciones que pueden enmarcar en lo que conocemos como abuso de la posición dominante, las cuales, a pesar de no encontrarse expresamente regladas en alguna norma, son constitutivas de prácticas contrarias a la libre competencia y que infringen los derechos de los usuarios, por lo que igualmente deben ser sancionadas.

Conclusión

Todo lo que se abordó anteriormente en este estudio, no permite establecer una serie de conclusiones sobre la prestación de los servicios públicos domiciliarios y sobre el ejercicio de la posición dominante en el mercado, así como también sobre la normatividad existente al respecto:

1. En cuanto a la noción de servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, podemos concretar que existe una relación de género y especie, en donde podemos decir que son servicios públicos aquellos cuya prestación esta reservada al Estado con las excepciones que la Ley contempla, siendo los domiciliarios aquellos que se prestan directamente en los hogares de los colombianos o en los lugares de trabajo, para satisfacer las necesidades esenciales.
2. En cuanto a los servicios públicos domiciliarios de que trata la Ley 142 de 1994, podemos concluir que son aquellos que se prestan directamente en los hogares de las personas o en las ubicaciones de trabajo, las cuales encuentran sus acometidas al interior, las cuales tienen un carácter de

esencial debido a que suplen las necesidades básicas de los usuarios.

3. Sobre la posición dominante, pudimos entender que no necesariamente por ostentarla, se están incurriendo en prácticas abusivas, pues esto solo sucede cuando se ponen en menoscabo los intereses de los usuarios para obtener un provecho injustificado.
4. Finalmente, podemos concluir que, en la práctica, existen muchas otras formas en que se puede ejercer la posición dominante, las cuales no encuentran una reglamentación directa en la normatividad, por lo que podría decirse que la regulación existente en nuestro país sobre la prohibición de las practicas constitutiva de abuso de poder no es suficiente, por lo que es necesario que se analicen adecuadamente cada caso en particular, para poder determinar cuando estamos frente a una situación de esta clase.

Referencias

- Ámbito Jurídico. (28 de septiembre de 2015). Explican cuándo empresas de servicios públicos ejercen abuso de posición dominante (8:15 a.m.). Revista Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/explican-cuando-empresas-de-servicios-publicos-ejercen-abuso-de-posicion-dominante#:~:text=La%20Secci%C3%B3n%20Primera%20del%20Consejo, para%20adquirir%20cualquier%20bien%20o>
- Calderón Trujillo, J. F. (2020). Abuso de posición dominante por situación de dependencia económica en el mercado colombiano. (Trabajo de maestría, Universidad Santo Tomas).
<https://repository.usta.edu.co/jspui/bitstream/11634/21519/1/2020juancalderon1.pdf>
- Cardona Martínez G., Gaviria Arango, A. F., Piedrahita de Salazar, G. A. y Salazar Piedrahita A. M. (2004). Servicios públicos domiciliarios. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (103), 73-124.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5617414>
- Congreso de la República de Colombia. (11 de julio de 1994). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. [Ley 142 de 1994]. D.O: 41.433
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (18 de septiembre de 2014). Sentencia 25000-23-24-000-2008-00282-01. [M.P: Guillermo Vargas Ayala]
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991) 34ª Ed. Legis.
- Corte Constitucional. (3 de noviembre de 1992). Sentencia T-578 de 1992. [M.P: Carlos Alfonso Rojas Rodríguez]

- Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de agosto de 1997). Sentencia T-375 de 1997. [M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Estupiñan Mesa, A. B., Caldas, A. C. y Ortiz M. A. (2014). Abuso de la posición dominante en el mercado su tratamiento en la constitución política de 1991. *Revista Universitas Estudiantes*, (11), 45-60.
<http://hdl.handle.net/10554/44689>
- Gordillo A, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. (1a. ed.). Fundación de Derecho Administrativo.
https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf
- Ministerio de Desarrollo Económico. (30 de diciembre de 1992). por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2153 de 1992]. D.O: 40.704
- Pardo Pérez, C., Uribe Mallarino C., Vásquez Cardoso S. (2005). Modelos de previsión de servicios públicos domiciliarios una mirada a través del caso de Bogotá. *Revista Universitas Humanística*. (59), 64-81.
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/9504>
- Rey Gutiérrez, E., Lizcano Caro, J. A., Chacón, G. (2011). Una visión histórica de los servicios públicos en Colombia. *Revista Tecnogestión: Una mirada al ambiente*. 8(1), 86-93.
<https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/tecges/article/view/4387>
- Sendín García M. A. (2005). Los servicios públicos en el siglo XIX. *Anuario de historia del derecho español*. (75), 1037-1076.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2029214>
- Valencia Agudelo, G. D. (2010). Cinco hitos institucionales que han configurado la historia de los servicios públicos domiciliarios en Medellín, 1890-2010.

Revista Estudios De Derecho, 67(150), 137–159.

<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/331372>