

**VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
PRIVADA FRENTE A LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES UTILIZADAS EN LA
CONTRATACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADAS**

Andrés Ricardo Acero Chacón



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINECUCACIÓN

Maestría en Derecho, Facultad de Postgrados

Universidad La Gran Colombia

Bogotá

2023

Violación al principio de la autonomía de la voluntad privada frente a las cláusulas exorbitantes utilizadas en la contratación de empresas de servicios públicos privadas

Andrés Ricardo Acero Chacón

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Maestría en Derecho

Asesor: Joaquín Emilio Acosta Rodríguez



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Maestría en Derecho, Facultad de Postgrados

Universidad La Gran Colombia

Bogotá

2023

Tabla de Contenido

TABLA DE CONTENIDO	3
PALABRAS CLAVE:	5
ABSTRACT	6
KEYWORDS:	6
INTRODUCCIÓN	7
OBJETIVOS	10
OBJETIVO GENERAL	10
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	10
1. CAPITULO I. EL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA	11
1.1. EL CONTRATO ESTATAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ASPECTOS GENERALES	11
1.2. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	13
1.3. EL CONTRATO ESTATAL.....	21
1.4 LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES DE INTERPRETACIÓN Y MODIFICACIÓN UNILATERALES DE LOS CONTRATOS ESTATALES.....	28
2. CAPITULO II. CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	33
2.2. ESTADO DEL ARTE EN MATERIA DE CLAUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA	37
3. CAPITULO III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS PRIVADOS	42
4. CAPITULO IV. LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO	45
4.1. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	50
4.2. VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	53
4.3 ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD ECONÓMICA Y LOS CONTRATOS INNOMINADOS	54

5. CAPITULO V. JURISPRUDENCIA RELACIONADA EN MATERIA DE CLAUSULAS EXORBITANTES EN CONTRATOS DE SERVICIOS

PÚBLICOS DOMICILIARIOS	57
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	70
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	71

Resumen

Las cláusulas exorbitantes son definidas en nuestra legislación colombiana como aquellas que constituyen la expresión de potestad que posee el Estado a través de la Administración Pública, pues prepara su capacidad para participar en materia del derecho público. Dentro del presente trabajo se pretende analizar la norma colombiana adaptable en servicios públicos domiciliarios y las cláusulas exorbitantes que son prerrogativas especiales que la Administración Pública exige con el fin de dar ejecución a los contratos administrativos de esta naturaleza, donde se presentan presuntas violaciones a la autonomía de la voluntad de los privados que suscriben este tipo de contratos.

Palabras clave: Contratación estatal, Contrato Privado, Principio de Autonomía de la Voluntad, Cláusulas Exorbitantes, Servicios Públicos Domiciliarios

Abstract

Exorbitant clauses are defined in our Colombian legislation as those that constitute the expression of power that the State possesses through the Public Administration, as soon as it exercises its capacity to act in the field of public law. Within the present work, it is intended to analyze the Colombian regulations applicable to residential public services and the exorbitant clauses that are special prerogatives that the Public Administration requires in order to execute administrative contracts of this nature, where alleged violations of the autonomy of the will of the private parties that sign this type of contract.

Keywords: State contracting, Private Contract, Principle of Autonomy of the Will, Exorbitant Clauses, Residential Public Services.

Introducción

El Estado colombiano a través de la contratación a nivel público busca la concreción de los fines del Estado. Para ello acude a la suscripción de contratos públicos, cuya finalidad es la adquisición de servicios y bienes necesarios para satisfacer las necesidades básicas de la población. Así mismo, dentro de estos contratos estatales se establecen mecanismos para el cumplimiento del objeto del contrato denominados cláusulas excepcionales. Estas cláusulas excepcionales son permitidas en los contratos administrativos, por la finalidad y naturaleza que tienen este tipo de contratación, facilitando la función del Estado en la consecución del bienestar general.

Una característica principal que tienen este tipo de clausulados es la limitación de la voluntad de los contrayentes y sobre todo la posibilidad de que su aplicación sea solo por parte de la entidad pública que suscribe el contrato. Ahora si bien se entiende la necesidad de la existencia de este tipo de clausulados en los contratos administrativos y la limitación de la voluntad de quien contrata (para la consecución del bien general), estas en principio solo deben ser objeto de los contratos estatales.

No obstante, en la práctica estas cláusulas se han implementado en contratos que son suscritos entre empresas privadas, cuyo objeto contractual se encuentra relacionado con el cumplimiento de los fines del Estado. Tal es el caso de los contratos que son suscritos entre entidades públicas y empresas privadas o entre empresas privadas, para la provisión de servicios públicos.

Es en ese contexto donde se desarrolla el problema de investigación que se pretende abordar en esta investigación, pues se considera que existe una colisión entre el principio de autonomía privada que es propio del régimen de contratación privada y la inclusión de cláusulas exorbitantes que por definición suponen una limitación de esta autonomía, sumado a la generación de una posición dominante de una parte frente a otra, con lo que se considera se desconocen los principios propios que deben regir este tipo de contrataciones, en especial principio de igualdad que convienen a los contratantes en el derecho privado.

En ese contexto, la pregunta que se pretende resolver con esta investigación es:

Formulación del problema:

¿Hasta qué punto, se está violando el principio de autonomía de la voluntad privada, como consecuencia de la inserción de cláusulas exorbitantes en los contratos de origen de servicios públicos domiciliarios con empresas privadas?

Ahora bien, esta investigación se considera de gran relevancia para el área del derecho administrativo, pues con ésta se pretende establecer los posibles yerros que se pueden presentar con el desconocimiento de los principios de igualdad y autonomía privada que debe regir la contratación para la provisión de los servicios públicos, y la posible afectación que ello puede tener para las empresas que optan por suscribir este tipo de contratos.

En ese sentido, la hipótesis de la que se parte en esta investigación se basa en que los axiomas del Estado Social de Derecho, generan una percepción de importancia a la persona individualmente, sin embargo, la creación de prerrogativas a favor de unos pocos, ha generado dicotomía entre la potestad estatal y derechos propios de los particulares instituidos incluso desde la Roma antigua. Dentro de tales potestades se encuentra la base propia de la contratación

consensual que es la autonomía de la voluntad, la cual riñe con la nueva diligencia de cláusulas exorbitantes en la contratación de empresas de servicios públicos privadas ya que, en visualización del interés general, si está rompiendo y dejando de lado la autonomía de los contratantes, al permitir que al menos una de las partes atribuya condiciones más favorables dentro de un contrato como lo es el de servicios públicos domiciliarios.

Objetivos

Objetivo General

Analizar el principio de autonomía privada de la voluntad y su posible violación frente a las inclusiones de cláusulas exorbitantes en la contratación de empresas de servicio público con otros privados.

Objetivos Específicos

- Identificar los postulados del concepto de contratos administrativos, y aspectos generales en materia de cláusulas excepcionales de interpretación y/o modificaciones unilaterales de los contratos estatales.
- Determinar los elementos de la contratación estatales y privadas, verificando los principios de la contratación pública y privada y su aplicación en los contratos de origen de servicios públicos domiciliarios con privados.
- Analizar bibliografía, normatividad y jurisprudencia en materia de contratos de servicios públicos domiciliarios, y verificar la teoría del abuso del derecho como consecuencia de la aplicación de cláusulas exorbitantes en la contratación con privados.
- Realizar recomendaciones y conclusiones que permitan contribuir al estado del arte en procura de evitar un abuso del derecho mediante la inserción de cláusulas exorbitantes frente a la autonomía de la voluntad en materia de contratos privados de servicios públicos domiciliarios.

1. CAPITULO I. El Contrato Estatal en Colombia

1.1. El contrato estatal y la contratación pública: aspectos generales

La contratación pública tiene como uno de sus fines la regulación de los procesos y procedimientos que deben ser adelantados por las instituciones públicas para el cumplimiento de sus fines y la consecución de los fines esenciales del Estado. En el marco de la contratación estatal ello se concreta con la celebración de un contrato, que además de contar con las características propias de los contratos, indicadas en el artículo 1502 del Código Civil, debe cumplir con ciertos requisitos especiales que lo configuran como un contrato público o administrativo y lo diferencian de los demás. Esta diferenciación parte de los siguientes elementos:

Su finalidad es la de ejecutar obras, prestar un servicio público o cualquier retribución, cuyo objeto sea la satisfacción de necesidades para la población y la obtención de los fines esenciales del Estado.

Una de las partes del contrato debe ser una institución pública.

Por lo general son contratos de adhesión, pues las condiciones para su suscripción están dadas únicamente por el Estado. Ello quiere decir que la capacidad de negociación se encuentra limitada. (Leiza, 2012, p. 18).

La particularidad del contrato estatal es que éste tiene una finalidad completamente distinta a otros negocios jurídicos civiles e incluso administrativos, como sucede con los convenios administrativos. Estos se diferencian así:

Mientras en el contrato se presenta una contraposición de intereses, el convenio despliega una serie de objetivos comunes en relación con los cuales se celebra; de igual manera, la ejecución contractual implica prestaciones recíprocas, pero con el convenio lo que se presenta es una colaboración distributiva de actividades para el cumplimiento de un fin. En el contrato existe una remuneración pactada, es decir, tiene una naturaleza onerosa, más en el convenio esta se encuentra ausente, en tanto no hay subordinación o prestación de un servicio que deba ser retribuida (Bahamon, 2018, p.18.).

De lo anterior se colige que “El contrato estatal es un acto jurídico bilateral, en el que una de sus partes es una institución pública, y que tiene por objeto la contribución con la consecución de los fines del Estado” (Blanco, 2005, p.15), mientras que el convenio administrativo implica un acuerdo de voluntades cuya finalidad es la colaboración entre instituciones públicas.

Algunos Doctrinantes plantean algunas debilidades que pueden generar desconciertos en su análisis y aplicabilidad, pues establece en su numeral 1, es importante tener en cuenta que las entidades estatales tienen facultades para modificar de manera unilateral la terminación del contrato, lo anterior corresponde a que a través de las cláusulas excepcionales se puede presentar un presunto monopolio estatal, toda vez que la ley nacional y la normatividad internacional, permiten vislumbrar como el estado tiene ciertas potestades por su posición dominante, donde puede tener control sobre la autonomía de la voluntad, en contratos tales como: contratos de obra, contratos para la prestación de servicios, concesión de bienes, aprovechamiento, entre otros. (Rico, 2013, párr 3)

La especificidad de este contrato implica el seguimiento de unos principios y reglas especiales. La Constitución Política de 1991 establece en su artículo 209 la función administrativa como el mecanismo idóneo para lograr la satisfacción del interés general, y establece como principios rectores para ello la economía, la buena fe, la publicidad, el debido proceso, entre otros que son desarrollados y adoptados también por la Ley 80 de 1993 para el caso de los contratos estatales, a los que se suman otros como el de la planeación, la selección objetiva, la conmutatividad, entre otros.

Según lo indica la sentencia T-713/09 emitida por la Corte Constitucional (2009)

Las reglas y principios que nacen de la función administrativa son y deben ser aplicados en la contratación pública, pues ésta es una de las expresiones de la gestión del Estado para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, y la consecución del interés general (consideraciones).

1.2. Principios que orientan la contratación pública.

Uno de estos principios es el de publicidad. De acuerdo con este principio el contrato estatal y el proceso de selección que le precede implica que las actuaciones que realiza la entidad pública sean puestas en conocimiento de quienes participan en los procesos de selección, oportunamente y por los medios más eficaces que garanticen que en efecto puedan ser conocidas por los oferentes.

Según Laguado Giraldo (2004), la contratación pública ha encontrado en el Internet el medio idóneo para concretar el principio de publicidad de los contratos estatales, pues permite que tanto oferentes como entidades públicas tengan una comunicación ágil y transparente, y con condiciones de accesibilidad en tiempo real.

El debido proceso es otro de los principios que orientan la actividad contractual del Estado. Este principio fue consagrado por el constituyente en el artículo 29 superior. De acuerdo con éste todas las entidades públicas en el ejercicio de sus funciones administrativas relacionadas con la contratación pública, deben ceñirse a los parámetros legales señalados por el legislador en el conjunto de normas que regulan la contratación pública. Así “Obligatoriamente, en el Estado Social de Derecho, la formación de voluntad para la celebración de contratos que celebre el Estado debe estar fundamentada en el debido proceso, el cual se desarrolla en los procedimientos que establezca el ordenamiento jurídico” (Chaves, 2015, p.113).

Ahora bien, en el desarrollo conceptual Orrego (2012), expone que es primordial tener en cuenta los principios que hacen parte de la interpretación jurídica en los contratos estatales, indica que, a través de las ópticas del Estado Social de Derecho, algunas que traen su origen del Estado de Derecho, donde su enfoque tiene su relación directa con la aplicación de los principios, tal como varios autores lo exponen la fórmula de normas vs reglas, se definen como disposiciones normativas compuestas por principios que traen consigo un supuesto de hecho y conllevan a una consecuencia o fin jurídico, determinado el caso en concreto.

Siguiendo la anterior idea, el mismo autor indica que determinando el caso en concreto se podrá aplicar el determinado principio, en la determinada norma a interpretar, por lo tanto, en el presente caso, el autor cita al Dr. Zagrebelsky, señalando que:

El hecho de dar aplicación a un principio en una norma, puede equipararse a diferenciar la Ley de la Constitución, conforme a la interpretación del artículo 4° de la Constitución de 1991, donde conforme a la escala de valor más alto las normas constitucionales

predominan sobre las demás. Es decir, en materia de Contratación Estatal se debe velar por dar aplicación a los principios sobre las normas, por ejemplo, evitar vulnerar la autonomía privada de la voluntad de las partes (Orrego, 2012. p.25).

De acuerdo con este principio del debido proceso, las entidades públicas deben respetar los procedimientos establecidos por el legislador para la formación del contrato estatal, desde su etapa precontractual, contractual y post contractual. Le asiste razón a Bahamon (2018) cuando indica que el principio del debido proceso en contratación pública (...) “tiene por finalidad hacer efectivas las garantías del derecho material de las entidades públicas contratantes y de los contratistas, la toma de decisiones justas y la materialización de otros principios como la seguridad jurídica y la legalidad” (pág. 18). Al respecto la Corte Constitucional (2003) en Sentencia C-128/2003 ha indicado que:

El principio del debido proceso en la contratación pública permite que exista una imparcialidad en la selección de los contratistas, pues existe un marco regulatorio que indica la forma y etapas que deben agotarse para la selección del contratista y para la ejecución del contrato, de tal suerte que no le es dable a las instituciones públicas obviar ninguna de los parámetros señalados, ni desconocer los derechos que tienen los oferentes en cada una de las etapas del proceso de contratación (Consideraciones).

Para el caso de los riesgos los principios que son de mayor importancia son los principios de economía y planeación. “En cumplimiento de éstos, las entidades públicas deben elaborar los documentos y estudios previos a la contratación, con el fin de identificar posibles situaciones que puedan afectar el normal desarrollo de los contratos” (Amaya, 2016, p.16). Otro de los principios

que orientan el contrato estatal es el de **buena fe**. En virtud de este principio tanto la entidad contratante como el contratista se obligan a actuar de forma honesta, leal y con apego a la norma y las buenas costumbres.

Siguiendo con el análisis, se tiene que el autor destaca el modelo constitucional en el Estado Colombiano, asimismo este tipo de modelo tiene relación directa con el Estado Social de Derecho, sin embargo a pesar de la aplicación de principios en dichos modelos existen múltiples dificultades socio-políticas que obstaculizan el verdadero sentido de legitimidad de la Ley, y con ello se presentan dificultades en la seguridad jurídica, que buscan un sano equilibrio entre la legitimidad de la norma y su parte dogmática como elemento esencial del ordenamiento jurídico.

En hilo conductor, se tiene que autores como Estrada (2011), expone su interpretación acerca de la aplicación de los principios en el ordenamiento jurídico, especialmente en la norma constitucional, que hace parte del bloque de constitucionalidad, y con estos principios se da mayor facilidad para la aplicación del control constitucional.

El mismo autor señala que:

Existe gran relación entre la aplicación de principios su aplicabilidad en la noción ius-positivista, que permite indagar la importancia dogmática de la aplicación de principios, y sus características fundamentales al momento de interpretar la norma, herramienta significativa en la legitimación del poder que se funda en ideas de teoría política. Con ello se compone la norma que será interpretada y examinada en Corte de Cierre Constitucional. (Estrada, 2011, párr. 3).

Mediante investigaciones algunos autores plantean que:

La función pública adicional a la constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, se rige por principios generales del derecho y su finalidad es hacer más eficaces sus resultados, entre los cuales se cuenta la contratación pública, como forma idónea mediante la cual el estado suple las necesidades de todo orden que deben ser colmadas para responder por los fines que la constitución y la ley le han conferido. De la misma forma se destaca el hecho de que los servidores públicos deben adelantar sus acciones con la plena precaución de salvaguardar los recursos del erario. (Calderón, 2022, p.40).

En concordancia con lo anterior, el autor plantea que, con la aplicación de los principios en el orden normativo constitucional, es posible evolucionar en materia de la decisión judicial, que se fundamenta en la teoría principialista, que confluyen de manera metodológica en la práctica. Asimismo, “Existen varios postulados en materia constitucional que permite entrever como la evolución normativa necesita un análisis de ponderación proporcional, y que a ellas se les puede denominar como reglas o principios aplicables a los derechos fundamentales” (Tarquino, 2022, p.28).

De acuerdo con la Corte Constitucional (2008), actuar bajo la Buena Fe “(...) presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” (Sentencia C 1194/2008). De la mano con este principio se encuentra el de la selección objetiva a través que se erige bajo la dualidad de deber – regla.

Conforme señala Rodríguez (2005) el principio de selección objetiva implica que la entidad estatal para la selección del mejor oferente debe acudir a criterios de objetividad, los cuales deben basarse en el ofrecimiento que sea más favorable para la entidad. Ello quiere decir

que este principio conmina a la entidad a que se tomen en cuenta la oferta que mejores beneficios reporte a la entidad, sin que puedan tenerse en cuenta factores subjetivos o de interés personal de quienes adelantan los procesos de contratación. En ese mismo sentido lo define el Consejo de Estado (2010) cuando indica que:

La selección objetiva es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. El legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. (Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia 11001-03-06-000-2010-00034-00, 2010).

De otro lado, se tiene el principio de conmutatividad relacionado con los elementos económicos del contrato. De acuerdo con este principio, “En el contrato estatal existe reciprocidad, pues mientras el Estado está adquiriendo bienes y servicios que contribuyen con su funcionamiento y/o con el cumplimiento de los fines esenciales de éste, el contratista obtiene un beneficio económico por ello”. (Santofimio, 2010, p.30). De la mano con este principio se encuentra el principio del equilibrio económico del contrato, el cual señala que en razón a la

conmutatividad que tienen los contratos, debe mantener la igualdad o reciprocidad en las obligaciones y la contraprestación que debe percibir el contrato. Respecto a este principio La Ley 80 de 1993 indica lo siguiente:

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien no resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos o pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de los gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimiento al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate. (Art. 27).

Así las cosas:

El Estado debe velar porque las condiciones iniciales del contrato se mantengan de tal forma que no existan desbalances que puedan perjudicar la correcta ejecución de éste y/o que generen para el contratista un daño o perjuicio que no está en el deber legal de soportar (CC, C-892/01, 2001).

Finalmente, el principio de responsabilidad conmina a que contratista, servidores públicos y contratistas respondan civil, penal, fiscal y disciplinariamente cuando desconocen algún precepto normativo y/o causen un daño a un tercero que deba ser indemnizado. La conjunción de todos estos principios dentro de la acción contractual del Estado son los que dan las características del contrato estatal como se analizará a punto seguido.

Tal como lo expone Serpa (2022), en los contratos estatales son aplicables los principios que ha señalado el legislador, donde es deber imperativo darle pleno uso de interpretación a los principios de la Ley 80 de 1993, puesto que como legislador encontró que los mismo son los que se acercan más a este tipo de corriente jurídica y que no pueden ser desconocidas por los actores o partes que intervienen en los contratos estatales en Colombia. De conformidad con el artículo 209 de la constitución son aplicables los principios constitucionales tales como: publicidad, transparencia, selección objetiva, celeridad, economía, responsabilidad, en la práctica habitual donde son de obligatorio cumplimiento en la función administrativa.

Asimismo, la Corte Constitucional señaló que:

“La doctrina coincide en considerar que las normas que reconocen valores son de naturaleza abstracta e inconcreta; para algunos son normas que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y que en tal condición fijan criterios de contenido para otras normas; para otros, las normas que reconocen valores al igual que las que consagran principios, determinan el contenido de otras normas, y aquéllas sólo se diferencian de éstas por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación” (Sentencia C-1287/01, 2001).

1.3. El contrato estatal.

Se dice que “Existe un contrato cuando dos o más personas mediante un acuerdo de voluntades buscan crear obligaciones, extinguir o modificar obligaciones, así como crear efectos jurídicos” (Suárez, 2010, p. 38). Al igual que los demás contratos, el contrato estatal pretende la creación de obligaciones y crear efectos jurídicos, con la salvedad de que su objeto no es satisfacer necesidades particulares sino necesidades generales. Bahamon (2018) lo define como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, entre un órgano del Estado, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas” (p. 26).

Teniendo en cuenta que, el contrato administrativo como dispositivo principal de la contratación pública, donde existe una parte denominada contratante es decir el Estado, es meramente imperativo que, este contrato busque la ejecución de un instrumento que permita cumplir con el interés general, como una necesidad de tipo público naturalmente, y que obedezca a la jurisdicción contenciosa, conforme lo dispone también a manera de interpretación:

En la doctrina colombiana que la define como todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o

extinguendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar (Santofimio, 2017, p.624).

Como lo plantean algunos autores:

Las potestades excepcionales constituyen uno de los elementos diferenciadores entre el régimen contractual público y el privado. Su finalidad no es otra que garantizar el cumplimiento del contrato y evitar la paralización o afectación grave en la prestación de los servicios públicos, tal y como lo dicta el Estatuto General de Contratación Estatal. (Benavides, 2019, p. 6)

Asacanio (2021) interpreta que, la contratación pública es un sector del ordenamiento jurídico público que está en constante evolución, abarcando una buena parte de la riqueza nacional y el pib de los países del mundo, lo que significa un desarrollo para los mismos, y la obligación de un constante estudio y análisis respecto de este tema. Asimismo, en este ámbito, el derecho comparado juega un importante papel, ya que las actuaciones de cada sistema gubernamental sirven como aporte para mejorar la gestión pública de cada país. A nivel mundial, hay una lucha simultánea por intentar obtener la máxima concurrencia en las licitaciones públicas con el fin de desarrollar un buen procedimiento de contratación y la consecución de los mejores servicios públicos para el ciudadano, por esta razón;

Se han venido incorporando a los acuerdos de libre comercio los capítulos de contratación pública estableciendo reglas que permitan que haya participación en las

licitaciones públicas de los nacionales de los países partes, a través del principio de trato nacional y no discriminación, con el fin de que se amplíe la libre concurrencia en las respectivas contrataciones, siendo esto un gran avance desde una perspectiva internacional (Ascanio , 2021, p.38).

A diferencia de los contratos civiles, “En el contrato estatal no existe igualdad real entre las partes. Al ser el Estado una de las partes contratantes existe una relación asimétrica que pone al Estado en una posición dominante respecto del contratista” (Chinchilla, 2011, p.17). No obstante, la existencia de esta relación asimétrica, los contratos administrativos deben cumplir con los requisitos indicados en el artículo 1502 y 1503 del Código Civil, esto es capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito.

En el caso de la contratación pública la capacidad se asemeja al concepto de competencia de las entidades estatales para asumir obligaciones en pro de satisfacer el interés general. “En ese sentido todas las entidades del Estado tienen la competencia y la capacidad para celebrar contratos públicos.” (Bahamón, 2018, p.28). De acuerdo con la Corte Constitucional, la capacidad en el contrato estatal además de ser susceptible de los vicios indicados en la legislación civil puede ser limitada por el régimen de inhabilidades:

Una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas

se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia (CC, Sentencia C-498 /96, 1996).

De acuerdo con Bahamón (2018) se consideran inhábiles los siguientes:

Son inhábiles frente a la participación en licitaciones y celebración de contratos estatales, por un periodo de cinco años como regla general, los individuos que la Constitución considera inhábiles para contratar, así como aquellos que, aun bajo estas inhabilidades, participaron en licitación alguna o celebraron contratos con el Estado. También es inhábil, quien haya dado lugar a la declaratoria de caducidad de un contrato; el condenado penalmente a quien se le hubiera impuesto la pena accesoria de interdicción de derecho y funciones públicas, así como quien haya sido sancionado disciplinariamente con destitución – por plazo igual al de la sanción, salvo delitos contra la Administración, en cuyo caso la inhabilidad se extenderá por un periodo de veinte años -; quien sin justa causa se abstenga de suscribir el contrato estatal adjudicado y los servidores públicos. (p.30).

Estas inhabilidades están señaladas también en distintas normas y han sido más rígidas luego de la creación de normas como el estatuto anticorrupción Ley 1474 de 2011, ya que se pretende que los incumplimientos del pasado con actuaciones en detrimento del Estado sean castigado para que no suceda más con futuras contrataciones en las entidades públicas.

Por otra parte como esencia propia del contrato están “La causa y el objeto lícito del contrato estatal que hacen referencia a la finalidad del contrato y los motivos que impulsa a la Administración para contratar, los cuales deben ajustarse a lo consagrado en la ley”. (CC, 2008,

Sentencia C 903/2008). Al ser el interés general el objeto de los contratos administrativos existe una limitación importante para la celebración de estos.

Este elemento conmina al Estado a justificar cualquier adquisición o contratación de servicios.

Si bien la Administración cuenta con discrecionalidad para establecer la forma en que ha de cumplir con los fines del Estado, en materia de contratación tanto el objeto como la causa licita deben ser justificadas de tal forma que no quede duda de la necesidad de llevar a cabo la contratación (Osorio Moreno, 2013, párr.1).

Otro de los elementos del contrato que presenta particularidades es el de la autonomía de la voluntad. En los contratos civiles las partes al estar en una igualdad de condiciones tienen una capacidad de negociación más amplia. Por el contrario, en el contrato estatal existe una relación asimétrica que limita la capacidad de autodeterminación que tiene el contratista. Para ello el legislador previó la existencia de unas facultades exorbitantes en cabeza de las instituciones públicas contratantes, quienes en el ejercicio de éstas pueden modificar el contrato, siempre que ello se justifique.

La Corte Constitucional al respecto indica que estas facultades exorbitantes se justifican en que es deber del Estado de “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de estos.” (CC, T -1341/01, 2001). Con estas facultades señala la Corte se debe tener garantizado que se cumplan con los fines descritos en la constitución Nacional mediante el reconocimiento de un orden en las entidades públicas para poder ejercer sus funciones constitucionales.

Estas facultades exorbitantes le permiten al Estado hacer cumplir el contrato ante la ineficiencia del contratista, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso – administrativa para dirimir el conflicto. De acuerdo con Güechá (2006) estas facultades unilaterales son las que permiten a las entidades del Estado asumir acciones que garanticen la correcta ejecución del contrato, ante un posible incumplimiento del contratista. En ese mismo sentido lo señaló el legislador en la Ley 80 de 1993 señaló:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación las entidades estatales al celebrar un contrato.

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2° de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. (...). (Art. 14).

Otro de los elementos que son de suma importancia en la contratación pública es la estimación de los riesgos. De acuerdo con Mier (2010) las entidades públicas tienen la responsabilidad de estimar y tipificar los riesgos que pueden suceder antes, durante y después de ejecutado el contrato, incluso desde la etapa precontractual, para establecer su distribución. En ese mismo sentido lo señala Bahamón (2018) cuando indica:

(...) la Administración tiene la obligación de tipificar, estimar y asignar riesgos. La tipificación es la identificación de estos y la clarificación de los elementos para su configuración; la estimación es la valoración aproximada de los riesgos en términos de cuantía y la asignación es la repartición de la carga de los mismos en cabeza de una de las partes contractuales (p. 41).

A de observarse entonces de manera exegética que los contratos estatales deben constar por escrito y existirá la obligación de registrarlos bajo escritura, cuando el objeto propio pese sobre bienes inmuebles o por ejemplo servidumbres (L. 80, art. 39, 1993). “Así mismo para el perfeccionamiento del contrato estatal se requiere solo establecer al acuerdo de voluntades.” (Santaella, 2011, párr. 1). No obstante, para su ejecución el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, indica que es necesario que este cuente con la apropiación presupuestal y la aprobación de la respectiva garantía única para su ejecución. Ahora bien, los contratos estatales son de diversas clases. Para el caso concreto, el contrato que se analizará es el correspondiente a los servicios públicos.

1.4 Las cláusulas excepcionales de interpretación y modificación unilaterales de los contratos estatales.

Las cláusulas excepcionales pueden ser definidas como:

(...) verdaderas potestades o poderes que la ley le confiere a la parte estatal del contrato que por lo general, no se inspira en el acuerdo voluntario sino que nacen de la ley, a tal punto que la ausencia de una estipulación expresa que las recoja en el contrato, no niega su existencia ni su efectividad (Dávila, 2001, p. 447).

El contrato estatal y los procesos de contratación son considerados como las herramientas o mecanismos jurídicos, a través del cual el Estado busca el cumplimiento de sus fines esenciales. En razón a ello, y en pro de la protección del interés general, el legislador, estableció algunas condiciones y reglamentó la suscripción de este tipo de contratos, con una mayor rigurosidad que los contratos de carácter privado, al ser su objeto principal de interés colectivo sumado a que para la celebración de los mismos y el cumplimiento de las obligaciones que de éstos se derivan se precisa la utilización de recursos públicos.

Dentro de estas herramientas de protección se encuentran las limitaciones que contractualmente establece la Administración Pública para evitar acciones por parte de los particulares que contratan con el Estado, que puedan incidir en la gestión pública y que puedan ocasionar un perjuicio o un detrimento de los recursos públicos. Por ello, el legislador en la ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán (...) interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contrato y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminan unilateralmente el contrato celebrado.

(...) Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión (...) (Art. 14).

Estos mecanismos de protección de los intereses de carácter público, denominadas como cláusulas excepcionales, se crean con claras restricciones ya que están encaminados a un bien común pero bajo situaciones concretas como puede ser la paralización inminente de un servicio público, no el siempre querer y valoración de la autoridad de turno, es por esto que son definidas dentro de la doctrina así: “un mecanismo encaminado a preservar la legalidad de los actos de las autoridades públicas, comprendido por el conjunto de prerrogativas que ostenta la Administración en el ámbito contractual dirigido a tutelar el interés público de la comunidad” (Expósito, 2013, pág. 89).

Ahora, aunque es claro que le asiste el Estado, toda la potestad de proteger los intereses públicos dentro de la contratación estatal, ello no quiere decir que los intereses de los contratistas del Estado, se vean desamparados, aun cuando existan estas cláusulas excepcionales.

Es por ello que el legislador , enuncia como una de las principales consecuencias surgidas con la aplicación de estas cláusulas excepcionales las siguientes:

(...) el reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas, y se aplicarán los mecanismos de ajustes de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (L. 80, 1993, art. 14, inciso 5).

Ahora bien, puntualmente la cláusula excepcional de la interpretación unilateral, que se enuncia regulada por el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, el legislador comprende que ante distintas interpretaciones del contrato, que llegaren a generar el que se paralice una obra o prestación del servicio con una consecuencia grave para el bien común, puede el Contratante-Entidad Estatal, interpretar mediante un acto de la administración las cláusulas no aceptadas en igual forma buscando la priorización de los fines del Estado.

Esta cláusula excepcional de interpretación de los contratos, se encuentra íntimamente relacionada con el principio que tienen las entidades del Estado, referente a la autonomía de la voluntad, señalado en el artículo 40 de la Ley 80, en virtud del cual la Administración Pública, tiene la facultad de incluir dentro de los contratos que ésta suscribe las condiciones necesarias para que la ejecución de estos contratos, se realice de acuerdo a lo pactado y siempre con el

objeto primordial de cumplir con el fin para el que fue realizado, es decir el cumplimiento de alguna actividad relacionada con los fines esenciales del Estado.

Otra de las Cláusulas creadas en la ley 80 de 1993, es la de modificación Unilateral, ante esta el Congreso de la Republica ha querido establecer mayor rigurosidad a la posibilidad estatal de cambiar las condiciones de un contrato bajo las mismas premisas de afectación como en las demás clausulas exorbitantes.

Así, como la cláusula de interpretación de los contratos estatales, se encuentra relacionada con el principio de la autonomía de la voluntad, la cláusula de modificación unilateral, se encuentra relacionada con el principio de la mutabilidad de los contratos, mediante el cual las entidades del Estado pueden modificar unilateralmente lo pactado, con el objeto de adecuar las actividades del contrato, a nuevas necesidades del servicio público, ya sea introduciendo, suprimiendo o modificando actividades o condiciones específicas del contrato, sin que se vea afectado el objeto por el cual fue suscrito.

Ahora bien, esta facultad de las entidades del Estado no es ilimitada, ya que al Contratista también le asisten algunos derechos, tales como el respeto por el equilibrio económico del contrato, o a realizar los ajustes que sean necesarios para evitar algún perjuicio injustificado al Contratista. A pesar de ello, es claro que la facultad que el legislador le otorgó a las entidades del Estado, aun cuando no se pueden considerar como una manifestación de abuso del Derecho o de posición dominante entre el Estado y el Contratista, si puede usarse como pretexto o excusa para que las mismas se conviertan en cláusulas abusivas, que vulneren los derechos de los Contratistas del Estado, que aunque siempre han de buscar un beneficio económico por la

provisión de bienes y servicios, también cumplen una función de importancia en la consecución de los fines del Estado.

Sin embargo, se considera complejo llegar a corroborar si existe o no una posible vulneración a los derechos del Contratista con la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación y modificación unilateral del contrato estatal, más aún cuando el fundamento o justificación con las que estas presuntamente se realizan, siempre va direccionado a la protección del interés general, sirviendo el mismo como una “cortina de humo”, que puede devenir en un abuso del Derecho.

Ahora bien, la utilización de este tipo de cláusulas, no pueden ser ejercidas al arbitrio de cada entidad del Estado, sino que como se dijo anteriormente, deben ser motivadas y justificadas. Por ello, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de diciembre de 2000, estableció unos criterios necesarios para la aplicación de estas cláusulas, en especial el de modificación e interpretación unilateral de los contratos, a saber:

Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual en ejercicio de las facultades excepcionales o con ocasión de ella, conforme a disposición legal especial, están sometidos a condiciones que deben observarse y en tal medida puede predicarse de tales condiciones la existencia de límites señalados expresamente por el legislador para su expedición, entre ellos: En cuanto a la oportunidad que el legislador implícitamente limita la facultad excepcional sólo para esa etapa. O, cuando prevé dispondrá la terminación anticipada del contrato, lo cual supone que éste no ha terminado; en relación con su finalidad, pues el ejercicio de la potestad excepcional tiene por fin evitar que las discrepancias conlleven a la paralización o la afectación grave del servicio a su cargo. En

cuanto a los requisitos, la ley exige la concertación previa, pues la facultad unilateral sólo puede ejercitarse “si no se logra acuerdo”, si previamente las partes no llegan al acuerdo (CE, Sala de consulta y servicio civil, R. 1293, 2000).

Es claro para el Consejo de Estado, que debe existir una previa conciliación o concertación entre Estado y Contratista, esto en razón a que también existe restricciones por ley a la interpretación ya que no se puede salir de los puntos que realmente estén en debate y que afecten efectivamente el bien común o los fines estatales, y de igual manera la más gravosa que sería la modificación unilateral no puede realizarse de manera arbitraria en cantidad principalmente ya que depende de las estipulaciones propias del contrato y los motivos han de poderse verificar, de estos tiene que observarse que existen en cuanto a hechos y derecho, ya que no pueden simplemente surgir de la nada, ya que de ser así no traerían obligaciones validas ni exigibles al contratista.

Así las cosas, las entidades del Estado, aunque tienen la posibilidad de hacer uso de estas facultades enunciadas en la Ley, las mismas deben ceñirse a los criterios anteriormente analizados, para no ser consideradas como abusivas e impositivas, y de esa manera cumplir con su cometido.

2. CAPITULO II. Contrato de Servicios Públicos Domiciliarios

Dentro de las definiciones de servicios públicos está la de doctrinantes que sostienen:

Los servicios públicos son una actividad colectiva de interés general y público que presta el Estado en corresponsabilidad con la comunidad y que está dirigida a los ciudadanos y ciudadanas que conviven en un espacio geográfico y territorial, cuya finalidad es

satisfacer las necesidades que tengan un interés general y colectivo y su cumplimiento incida en el incremento de la calidad de vida del pueblo, por lo que el Estado asume su prestación directa, para garantizar a los colombianos, receptores o beneficiarios, la calidad de los mismos, para lo cual ejerce su rectoría y vigilancia, empleando para tal fin, los criterios de eficiencia, calidad y atención (Bahamon,2018,p.30).

El concepto de servicios públicos esenciales “Necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se puedan imponer a los usuarios de los servicios”. (Ministerio de Protección Social, 2011, párr. 2).

El fundamento máximo de los servicios públicos se encuentra enmarcado en la Constitución Política de Colombia (1991), esta en su artículo 365 ha ordenado:

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

Del anterior artículo se tiene que, en la función de satisfacer las necesidades mediante la distribución de bienes y servicios eficaces, se busca que los mismo cumplan con estándares de calidad, toda vez que, con la búsqueda del interés general, se permite proteger a los consumidores y sus derechos, es así como el marco normativo permite que exista una reciprocidad entre las partes y se fortalece el concepto constitucional de Estado Social de Derecho.

Ahora bien, una vez definidos los servicios públicos, se debe destacar que la Constitución política contiene la obligación gubernamental de desplegar y avalar la prestación de servicios públicos agrupados a los mismos. Se puede señalar que son, entre otros: “los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.” (L. 142,art.1,1994).

Algunos autores como Dondel (2015), plantean que conforme a la norma constitucional de 1991 o carta magna, se define en su preámbulo como un Estado Social de Derecho, pero que sin embargo los derechos se han venido desprotegiendo generando un ambiente de inseguridad jurídica, toda vez que en materia de servicios públicos domiciliarios, se favorece el interés particular de algunos, y que de manera posterior surgió la necesidad de crear una norma en materia de contratación, en este caso la Ley 80 de 1993.

Conforme a lo anterior, se presentó que conforme al desarrollo constitucional del artículo 365 en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas colectividades que se organizaron y también los particulares tuvieron la oportunidad de prestar los servicios públicos domiciliarios en Colombia;

Con ello se abrió paso al concepto de prestar servicio público por particulares, sin embargo con la participación de las Empresas Industriales y Comerciales, también las Sociedades de Economía Mixta, son plena garantía del cumplimiento de la búsqueda del bienestar del interés general en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (Dondel, 2015, p. 31).

Asimismo, doctrinantes como Juan Ángel Palacio Hincapié, exponen que este tipo de contratos puede entenderse como una modalidad directa de selección de contratista, donde solo resulta en los casos determinados en la ley, y que debe favorecer a la entidad que convocó, y así lo plantea:

La contratación directa es una forma de seleccionar al contratista cuando la concurrencia de oferentes es limitada, ya sea por la necesidad apremiante de la contratación que no da tiempo para emplazar a todos los que podrán desarrollar el contrato, o porque la aptitud de las partes que deban asistir no permite a otros oferentes o porque solo una persona puede ejecutar el contrato, o porque existen ciertas situaciones que impiden que pueda obtenerse una afluencia superior a quienes celebren el contrato (Palacio, 2014, p.21)

2.1. Normatividad Aplicable A Los Contratos De Servicios Públicos Domiciliarios

Es preciso indicar que la normatividad que permite la contratación de servicios públicos domiciliarios, encuentra su génesis en la Ley 142 de 1994, expedida por el Congreso de la República, y contiene el “*Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios*”, en su artículo 31° modificado por el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, indica entre otras cosas que todo contrato celebrado por entidades estatales que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos de los

que enmarca la ley no pueden estar sujetos a la Ley General de Contratación que rige al resto de entidades públicas exceptuándose los casos en que la misma ley por ser posterior y especial disponga cos distinta.

2.2. Estado Del Arte En Materia De Clausulas Exorbitantes En Los Contratos De Servicios Públicos Domiciliarios En Colombia

Algunos doctrinantes especialistas en materia de examen de los contratos de servicios públicos domiciliarios con empresas privadas, plantean que los requisitos que comprenden la aplicación de las cláusulas exorbitantes, que están dispuestos en la normatividad de la Contratación Estatal en Colombia, donde el horizonte es la aplicación de los principios y las normas constitucionales que se desarrollan mediante la leyes que son potestades del legislador, como bien lo indica el autor, también señala que cuando las cláusulas excepcionales quebrantan la autonomía de la voluntad de las partes, puede presentarse una vulneración directa al principio de libertad contractual, y también se afecta el interés general puesto que no se busca el cumplimiento del contrato sino una sanción que en ultimas impide el cumplimiento del objeto, y tal como se interpreta se pueden generar sanciones, caducidad, terminación unilateral, multas, declaratoria de incumplimiento, entre otras (Palacio, 2006).

También enuncia Palacio (2006), que:

Estás cláusulas están consagradas en los artículos 15 al 19 de la Ley 80 de 1993, y son:

De terminación, interpretación y modificación unilaterales: La entidad estatal consigue hacer uso de esta cláusula, cuando durante el desarrollo del contrato brotan

disconformidades entre las partes sobre la interpretación contractual en materia de cláusulas abusivas. (p.37).

De modificación unilateral: Es importante tener en cuenta que con el fin de evitar que el servicio público se vea gravemente afectado, se vea la necesidad de cambiar o modificar algunas disposiciones pactadas en el contrato, y si las partes no pudieran de manera anticipada realizar dichas modificaciones, menciona el autor que la entidad estatal podrá motivar un acto administrativo mediante el cual modifique o adicione, o elimine alguna disposición, asimismo señala que si dichas modificaciones afectan el 20% del contrato o más del valor inicial, el contratista tiene la facultad de dar por terminado la continuidad de la ejecución del contrato, y como consecuencia e proceda a liquidar el mismo y se den las terminaciones correspondientes (Palacio, 2006).

Para Dondel (2015), el Ius Variandi tiene relación directa la aplicación de las modificaciones contractuales, con las cláusulas, toda vez que:

El poder que tiene la administración para modificar los contratos en la doctrina se conoce como IUS VARIANDI, el cual también se debe ejercer sobre los límites estipulados, pero estos límites no puede ser una barrera para que la Administración, logre corregir los posibles yerros en que incurrieron debido que el interés general debe prevalecer, ante todo, porque si fuera al contrario la misma comunidad sería la que padezca los errores del Ente Estatal (p.23).

De terminación unilateral: En este tipo de cláusula exorbitante, la entidad tiene la facultad discrecional de mediante acto administrativo motivado y legalmente

fundamentado, donde se determinará la terminación anticipada del contrato, con ocasión a la ocurrencia de los siguientes: Cuando con ocasión a una situación de orden público requieran su necesidad, cuando la necesidad del servicio público lo requiera, por física incapacidad o muerte del contratista, si se trata de una persona natural; o contrario sensu cuando sea con persona jurídica y ocurra su disolución de la misma, cuando se declara la quiebra de la parte contratista, o cuando por interdicción declarada por un juez lo amerite en caso de persona natural, cuando haya embargo en contra del contratista o exista un posible concurso de acreedores. Es decir, dependiendo cada caso en concreto se debe procurar evitar la paralización de los servicios (Palacio, 2006).

La terminación unilateral es una figura totalmente excepcional, es así que es considerada como una forma anormal de terminar el contrato por diferentes doctrinarios y por el Consejo de Estado cuando expresa:

Los contratos administrativos pueden terminar de forma normal o anormalmente. En el primer evento por el cumplimiento del objeto en la forma y el tiempo debido. En el segundo por caducidad o terminación unilateral o vencimiento del plazo antes del cumplimiento del objeto convenido (CE, Sentencia Exp 20968,2012.).

Al tratarse de una facultad o potestad extraña a los casos normales de terminación de un contrato, como es el vencimiento del plazo o el cumplimiento del objeto, no puede dejarse únicamente al arbitrio de la entidad del Estado, es decir, que cuando quiera la pueda utilizar, en la medida que se trata de un poder de gran magnitud el que la ley le otorga a la parte contratante dentro del negocio jurídico, por lo que la Ley de Contratación Estatal se ha encargado de

establecer las causales taxativas por las cuales es posible la aplicación de la potestad unilateral de terminación, las cuales se enmarcan en garantizar la prestación del servicio público y circunstancias relacionadas con el contratista (Gil, 2015).

De caducidad y sus efectos: Si se presentan vicisitudes constitutivas de presuntos incumplimientos por parte del contratista, es preciso indicar que hay que demostrar que el contrato se encuentra estancado, la administración o la entidad mediante un acto administrativo que deberá motivar de manera adecuada, y deberá dar terminación al contrato y de manera posterior ordenará su liquidación a pesar de la etapa en la que este. Ahora bien, en ocasiones la entidad analizará la posibilidad de declararse inhibida para declarar la caducidad del contrato, sin embargo, deberá adoptar decisiones para controlar las intervenciones a que haya lugar, garantizando principalmente que el objeto del contrato se cumpla, la entidad podrá tomar posesión de la obra o continuar con su ejecución so pena de declarar la caducidad, ya sea mediante el garante o a través de otro contratista, declarando la correspondiente caducidad, si es procedente. En caso de declararla se omitirá la posibilidad de reclamar resarcimiento hacia el contratista, quien deberá defenderse de las correspondiente sanciones e inhabilidades a que haya lugar con ocasión al presunto incumplimiento (Palacio, 2006).

De la reversión: En la presente disposición, se tiene que en los contratos de concesión o aprovechamiento, y tiene su concepto en que al momento de dar por terminada la explotación, los elementos que fueron parte de dicha explotación de manera posterior, regresan dicho bienes y patrimonio a la entidad que contrató. Y por tal razón no habrá derecho a algún resarcimiento (Palacio, 2006).

Conforme con lo anterior, existen diferentes tipos de cláusulas exorbitantes en los contratos de servicios públicos domiciliarios, el autor mencionado indica que se puede establecer que, en la ley 142 de 1994, dispone en su inciso 2°, indica que las comisiones que regulan los servicios públicos se encuentran facultadas para hacer cumplir de manera obligatoria las cláusulas exorbitantes, hay alguna tipología de contratos donde las cláusulas deberán regirse por el Estatuto de Contratación, es decir la Ley 80 de 1993, y también deberá tenerse en cuenta que hay otros contratos que incluyen este tipo de cláusulas exorbitantes, y que las mismas deberán dirimirse según sea en caso ante la jurisdicción contenciosa (Palacio, 2006).

Ahora bien, también el autor precitado señala que, las cláusulas exorbitantes tienen relación directa con la interpretación que realice la entidad correspondiente, y que con dicha interpretación se den las condiciones para declarar la terminación unilateral del contrato, al respecto Hincapié, indica que la entidad se encuentra en total potestad para declarar dicha terminación, donde el contratista deberá tomar las acciones correspondientes para evitar ser sancionado, dando como resultado una caducidad, incumplimiento del contrato, terminación unilateral o imposición de multas, etc. (Palacio, 2014).

Al tratarse de una facultad o potestad extraña a los casos normales de terminación de un contrato, como es el vencimiento del plazo o el cumplimiento del objeto, no puede dejarse únicamente al arbitrio de la entidad del Estado, es decir, que cuando quiera la pueda utilizar, en la medida que se trata de un poder de gran magnitud el que la ley le otorga a la parte contratante dentro del negocio jurídico, por lo que la Ley de Contratación Estatal, se ha encargado de establecer las causales taxativas por las cuales es posible la aplicación de la potestad unilateral de

terminación, las cuales se enmarcan en garantizar la prestación del servicio público y circunstancias relacionadas con el contratista (Gil, 2015).

3. CAPITULO III. Autonomía de la voluntad en los contratos privados

Hinestrosa (2014) indica que, existen múltiples definiciones acerca del concepto de negocio jurídico, y la doctrina señala como elemento principal del mismo a la autonomía privada de la voluntad, como principio y característica principal en cuanto a la libertad de tomar una decisión espontánea, con implicaciones directas al contrato y que caracterizan los elementos negociales en nuestra sociedad hoy en día. Asimismo, el autor indica que, las partes tienen plena autonomía para decidir si contratan o no, de escoger con quien contratar, y también de poder elegir la opción que más les contenga de manera contractual conforme a sus intereses, pero que sin embargo cumplen con las prestaciones correspondientes, Hinestrosa (2014) también señala que las partes también tendrán libertad en verificar si requieren celebrar el negocio jurídico a través de un tercero, o determinar a través de una interpretación jurídica la aplicabilidad del concepto de autonomía privada de la voluntad, respetando las libertades ajenas en efecto. Asimismo, doctrinantes señalan que:

La buena fe indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, o sea, por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable (Valencia & Ortiz, 2006, p.19).

González (2021) expone que, en nuestra clasificación jurídica es primordial que entre las partes se cumplan los postulados de libertad negocial, y asimismo que las cláusulas que se pacten

entre las partes permitan que los extremos contractuales tengan pleno conocimiento de las cláusulas para su aprobación o rechazo. Sin embargo, conforme ha venido evolucionando el concepto de contratación estatal, también han surgido varias necesidades con su desarrollo.

Existen algunas herramientas que permiten proteger y garantizar que no exista abuso del derecho por alguna de las partes como puede presentarse con el pacto de cláusulas abusivas, se describe que esas herramientas o instrumentos tienen su origen en la doctrina Europea pues allí, se ha venido conceptuando a cerca de la teoría del abuso del derecho, un ejemplo de ellos se presenta en “El derecho de la Unión Europea (Directiva del Consejo 93/13/ECC del 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo)”, donde la normatividad desarrolla una interpretación comparada más extensa de dicho concepto. Conforme menciona el autor Acosta et al. (2015), algunos principios que se tienen en cuenta en estas doctrinas son, por ejemplo: Desequilibrio demostrativo, daños económicos al consumidor, Buena Fe, equilibrio económico del contrato detrimento al consumidor, y con ellos se pretende evitar las cláusulas abusivas en los contratos.

Ahora bien, la norma de servicios públicos señaló:

Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. (L.142, art.32, 1994).

Doctrinantes como Rodríguez (2019) recalcan la sumisión de las entidades públicas que pueden o tienen un régimen excepcional de contratación, para con las bases propias de la función administrativa y sus principios, además de que aun teniendo un estatuto especial siguen supeditados a una adecuada gestión fiscal y el cumplimiento del régimen propio de inhabilidades e incompatibilidades propios de los empleados públicos. (p.32)

Es importante que la Corte haya venido definiendo el concepto de cláusulas abusivas señalando que corresponde a dos características fundamentales, que presenten un desequilibrio económico determinante, y que se vea vulnerado el principio de la buena fe.

Gual (2015) define que, estas dos características son fundamentales en la interpretación de los principios aplicables que permiten discriminar en qué momento se presentan patrones de abusivos en el pacto de cláusulas contractuales que desequilibran las cargas prestacionales en el mismo, puesto que surgen juicios de valor normativo y dogmático que las pueden identificar, asimismo según Gual (2015) La norma puede presentar ciertas inestabilidades, pero que a través de principios como la Buena Fe, en que se impulsa desarrollar posturas donde indudablemente en algunos casos si puede presentarse que esas cláusulas abusivas sean en favor del Estado, por ejemplo la Terminación Unilateral del Contrato Estatal.

La procedencia constitucional en el régimen jurídico, define como característica normativa principal en los contratos de servicios públicos domiciliarios que, la Ley 142 de 1994, que fue analizada mediante Sentencia Constitucional N°066 del año 1997, donde se declaró exequible, y se consideró por parte de la Corte Constitucional entre otras cosas que, la Norma Constitucional le otorgó poderes al legislador, con el fin de que es quien profiere las leyes en materia de servicios públicos domiciliarios, donde los particulares o el sector privado pueden a

través de un contrato prestar dichos servicios en búsqueda del interés general conforme lo señala el autor (Palacio, 2006).

4. CAPITULO IV. La teoría del abuso del derecho.

La teoría del abuso del Derecho, tiene como principal referente teórico el principio de la buena fe contractual, el cual en consideración de la Corte Suprema de Justicia se encuentra vulnerado cuando se presente un abuso del Derecho reflejado principalmente en el uso inadecuado o excesivo de facultades legalmente establecidas para alguna de las partes, que haciendo uso de las mismas genera un perjuicio a la otra.

Ahora bien, el principio de la buena fe contractual, exhorta a las partes a ejecutar el contrato de acuerdo con lo pactado, sin tomar acciones que fallan en detrimento de la otra parte, y que no generen la ejecución de obligaciones no pactadas, que puedan de alguna manera afectarle. Es por ello, que este principio indica la necesidad de actuar dentro de la ejecución del contrato, con una conducta intachable, recta y honrada, exigible a cada una de las partes, y acorde con la finalidad por la cual se realiza el acuerdo de voluntades. Así lo ha indicado Álvarez y Rodríguez (2014) al decir:

La buena fe en nuestro ordenamiento jurídico tiene varias funciones, entre ellas encontramos primeramente la función integradora del contrato, la cual comprende ciertos deberes de conducta como lo son la investigación, claridad, exactitud, secreto y custodia, el cumplimiento de estos deberes permiten establecer el contenido y alcance las obligaciones derivadas del contrato. En segundo lugar, cumple la función de limitar la autonomía de la voluntad privada, mediante la exclusión de cláusulas estipuladas con

mala fe. Y en tercer lugar, cumple la función de lealtad y corrección, al establecer la obligación a las partes de actuar en todas las etapas de la relación contractual, teniendo en cuenta tanto los intereses propios como los de la contraparte (p.22).

Por ello, cuando una de las partes, adopta una posición por fuera de este principio, sin justificación alguna, ésta se puede considerar como un abuso del derecho. En ese sentido lo indican Hernández y Pardo (2014), al señalar lo siguiente:

La doctrina tradicional ubica al abuso del derecho dentro del tipo de responsabilidad extracontractual o aquiliana, debido a que el perjuicio no emana de ningún acto bilateral o plurilateral 5 También puede consultarse Corte Suprema de Justicia de Colombia (julio 1 de 2008, 2008A) y (julio 1 de 2008, 2008B). dispositivo de intereses patrimoniales como ocurre con los contratos. Para otra parte de la doctrina moderna, el tipo de responsabilidad que puede surgir del abuso del derecho puede ser extracontractual o contractual, como ocurre en todos aquellos eventos en que, por ejemplo, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, se estipulan cláusulas accidentales en las cuales - como en los contratos adhesivos-, se da una posición dominante (p.117)

Así las cosas, el abuso del Derecho es una vulneración directa al principio de la buena fe contractual, y denota una clara intención de quien realiza el abuso de buscar de alguna manera un provecho para sí, sin tener en cuenta lo que dicha acción pueda acarrear a la otra parte. Así lo ha señalado acertadamente Rengifo (2004) quien considera que:

(...) el abuso del derecho viene a ser la respuesta al ejercicio de derechos de una manera egoísta, sin tener en cuenta las relaciones sociales. La teoría del abuso del derecho es, por

consiguiente, una respuesta de avanzada a aquella que consagró derechos con un marcado acento individual como lo fue la época del racionalismo y la ilustración. Con la teoría del abuso del derecho ciertos derechos individuales de contenido determinado, toman una connotación o significación social. (p.11)

Para el caso de los contratos, la teoría del abuso del Derecho de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, quien cita a Alessandri, tiene plena aplicación, bajo el argumento de que:

(...) hoy se la utiliza también para controlar el goce y ejercicio de los derechos derivados de los contratos a fin de que este ejercicio no sea ilícito o ilegítimo e impedir así que los contratantes se sirvan de los derechos que los contratos crean con una finalidad distinta de aquella para la cual estos fueron pactados. (CSJ, 1994, Sentencia del 19 de octubre de 1994, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss)”.

Para el caso de la contratación pública el abuso del Derecho, de acuerdo con Álvarez y Rodríguez (2014), se produce en:

(...) aquellas situaciones en las que las partes celebran un contrato que presupone igualdad entre ellas, pero la voluntad de una de las partes tiende a la ejecución de actos que ponen en entre dicho esta igualdad de obligaciones, sin que esto implique necesariamente que se configure un vicio en la existencia y validez del contrato.

Tal como lo mencionamos, en la celebración de los contratos estatales es más común que se presenten estas cláusulas abusivas, debido al carácter predisponente o dominante que la ley le ha conferido a la Administración pública, así como también a la

naturaleza del contrato estatal, el cual tiende a ser considerado un contrato de adhesión
(...) (p.22)

Aunque en Colombia, la teoría del abuso del Derecho ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, principalmente de la Corte Suprema de Justicia, la misma no ha tenido un amplio reconocimiento o desarrollo en el ordenamiento jurídico. Los únicos elementos consagrados dentro del ordenamiento jurídico que de alguna manera se refieren al abuso del Derecho, se encuentra en la Constitución Política de Colombia, al establecer en el artículo 95 como deber de los ciudadanos el “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” y en el Código de Comercio en el artículo 830, al mencionar que “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”, brindándole una herramienta jurídica al operador al momento de decidir un caso donde se presume exista un abuso del derecho.

Ante esto ha señalado la Corte Suprema de Justicia que se sabe a quien abusa de sus poderes emergentes no es aplicable la protección que ley brinda por estar en uso inadecuado de las potestades que la ley le ha permitido.

Una de las formas en que se puede presentar este abuso del derecho, es con la estipulación de cláusulas denominadas como abusivas, que en consideración de la Cámara de Comercio (2007), se refieren a:

(...) aquellas que establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y

ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual (...)
(p.82)

Así mismo lo señala Rodríguez (2013), quien entiende por cláusula abusiva, aquella que:

(...) siendo redactada e impuesta por una de las partes del contrato, genera un desequilibrio significativo e injustificado en la relación contractual, como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas irrazonables o injustificadas en favor del predisponente, o cargas u obligaciones de la misma naturaleza en contra del adherente.
(p.52)

Por lo general, quien redacta este tipo de cláusulas abusivas, es la parte que se considera como en una posición dominante dentro de la relación contractual. Así lo ha aducido la Cámara de Comercio al decir que bajo esta posición la parte tiene la posibilidad en razón de su condición de superioridad “de dictar o fijar los contenidos contractuales en un negocio concreto y específico” (Cámara de Comercio, 2007, p. 75), que para el caso concreto, se referiría a las entidades del Estado. Ahora bien, aunque no existe una amplia investigación frente al tema de las cláusulas abusivas en los contratos estatales, recientemente y como precedente considerado de gran relevancia, el Consejo de Estado en sentencia del 12 de febrero de 2014, se refirió puntualmente al abuso que se puede presentar al usar la cláusula de terminación unilateral del contrato estatal, a saber:

La Sala también estima importante y pertinente destaca que en estos casos deben examinarse algunas cuestiones adicionales que pudieren determinar el sentido en que deba ser interpretada dicha cláusula de terminación unilateral del contrato, puesto que

independientemente de la validez que la pueda acompañar, el artículo 1624 del Código Civil indica la manera en que deben interpretarse las cláusulas ambiguas, aspecto alrededor del cual la doctrina y la jurisprudencia han construido una importante teoría acerca de las cláusulas abusivas. De acuerdo con lo anterior, para que sea procedente las indemnizaciones de perjuicios cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral pactada en el contrato, deberá demostrarse previamente un ejercicio abusivo del derecho, en los términos del artículo 830 del Código de Comercio. (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 85001-23-31-000-2000-00198-01(20968), 2014.)

Como se puede ver, al no existir una legislación que analice las cláusulas abusivas de los contratos estatales, no le queda otro camino al operador jurídico, que remontarse a lo indicado en la legislación civil, completamente aplicable a la contratación pública, en lo que se refiere a los vacíos normativos o las circunstancias no regladas que pudieren ser subsanadas con la interpretación que para el efecto se realiza por analogía de otras ramas del Derecho.

4.1. Abuso De la Posición Dominante en Contratos de Servicios Públicos Domiciliarios

Autores como Rengifo (2002), plantean que:

La doctrina ha hecho tres criterios para la demarcación del mercado relevante: criterio geográfico, criterio temporal y criterio objetivo. De acuerdo con el primero y el segundo se debe delimitar espacial y temporalmente el mercado, es decir, en qué lugar se ejerce la posición de dominio y en que o durante cuánto tiempo; es decir, saber, por ejemplo, si el enfoque de dominio se da en todo o en parte del mercado nacional y en que arco de estación se ha tenido o se tiene esa posición de dominio; El juicio objetivo hace relación

al producto o servicio que se ofrece en el mercado; pero la delimitación objetiva no mira tanto la concomitancia física o técnica de los productos o servicios, sino a su igualdad económica, es decir, que en el evento de faltar uno, el consumidor lo puede sustituir por otro en la medida en que ambos satisfacen la misma necesidad. En fin, se trata es de saber cuáles son los productos o servicios sustitutos que normalmente se consideran como equivalentes dentro del mismo mercado en razón de sus características, precios y uso. (p.120).

En cuanto al tema de posición dominante tenemos que el autor Rengifo (2002), señala que en el Decreto N°2153 del año 1992, se identifican los elementos mediante los cuales se puede presentar una presunta posición dominante en un contrato, sin embargo, el autor expone que dependiendo el caso en concreto se pueden presentar diversas situaciones fácticas como bien lo explica el autor, así:

(...) En el abuso a la posición dominante, la gestión abusiva se mira primariamente en correspondencia con el mercado, con el daño al interés económico general, aun cuando resulten afectados intereses jurídicos particulares: disminución de precios para excluir la competencia (precios predatorios); condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes (discriminación vertical); cláusulas de amarre o corbata (cláusulas tying, como se conoce en la jurisprudencia anglosajona); diferente tratamiento a compradores con el fin de excluir la competencia (discriminación horizontal); la venta o prestación de servicios por debajo del costo también para excluir la competencia (precios predatorios

regionales), y la obstrucción al mercado o a los canales de distribución (...)” (Rengifo, 2002, p.118).

Ahora bien, conforme lo señala Rengifo (2004), hay gran variedad de definiciones que dependen de que escuela las defina o conceptúe. Conforme a lo anterior la escuela subjetivista, plantea que se puede configurar el abuso del derecho cuando presuntamente puede haber una falta de interés por parte del agente, o puede presuntamente tener la intención de causar algún perjuicio y presentarse una conducta culposa o simplemente configurada en la órbita de la negligencia, por quien ostenta el derecho de tipo subjetivo.

De manera opuesta la escuela objetivista, señala que, los posibles abusos al derecho se pueden dar cuando “cuando existe un manifiesto ejercicio anormal o irregular de un derecho subjetivo, esto es, cuando se actúa de manera contraria a la función económico-social inherente a cada derecho subjetivo” (Rengifo, 2004, p.117).

Los pronunciamientos jurisprudenciales constitucionales indican con respecto al abuso del derecho que puede entenderse como una acción desproporcionada, con características como la no necesidad de una intencionalidad para que surja, sino con el único requisito de la consecuencia infortunada y afectante de la otra parte en proporción a la acción desplegada. (CC, Sentencia C-258, 2013).

Asimismo, se plantea que el abuso del derecho y los posibles fraudes a la Ley tiene relación pues “en todo abuso del derecho hay un fraude a la ley que lo establece y garantiza y en toda violencia evasiva de esta hay un abuso del derecho respectivo” (Rengifo, 2004, p.118).

4.2. Vulneración a los principios de contratación en los contratos de servicios públicos domiciliarios

La Corte Constitucional, indicó entre otras cosas con respecto a la libertad comercial y de mercados que:

La determinación del mercado, para los efectos de calificar la existencia de una posición dominante, no sólo se precisa a partir de las coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción. A este respecto, será decisivo esclarecer en la realidad si el bien puede resultar, en términos de precios, calidades y demás características, intercambiable por otros o no intercambiable por ellos. (CC, T-375/97, 1997).

La libertad económica entre particulares, ha de ceñirse por regulaciones propias de los mercados, en donde la posición dominante como lo señala la Corte depende de varios factores, pero no en la misma medida ha de poder verse la posición dominante en el ámbito público, en donde la búsqueda de un provecho propio si esta censurado, a diferencia de la actividad en el ámbito privado.

Asimismo, indica la Corte, con relación a la libertad económica y el control financiero de las empresas que pueden competir para proveer los servicios públicos domiciliarios, y frente a esto expone que:

La libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales de rango superior. Es posible que en un caso concreto, la negativa de una empresa a contratar, por su absoluta falta de justicia, objetividad, razonabilidad y

proporcionalidad, no pueda ya ampararse en el margen amplísimo de discrecionalidad que al empresario avala la libertad de empresa, y ello sin duda se presenta cuando se vulneran de manera manifiesta, como se ha dicho, valores o principios constitucionales superiores a la libertad de empresa. (CC, T-375/1997, 1997).

Es entonces esta pequeña brecha de la función social de las empresas, y la preminencia de la Constitución Política la que le permite a la sociedad privada o corporación adecuarse no solo a postulado de margen de ganancias sino de operatividad en busca de una función social, y así colateralmente implica que su actividad sea reglada en función primaria de un bien común que restringe aunque en menor medida que en lo público su búsqueda de utilidad única.

4.3 Análisis del principio de libertad económica y los contratos innominados

Es de tener en cuenta que, el contrato estatal ha venido evolucionando y con él, su flexibilidad normativa, siempre se ha tenido como un elemento inmutable, pero al verlo en su realidad su parte dogmática, económica y filosófica se encuentran íntimamente ligada a cada caso en concreto dependiendo la época. Asimismo, los orígenes contractuales mantienen gran influencia en sus raíces de la revolución francesa, algunos autores plantean que es el alma del derecho en Colombia, en materia de contratación y obligaciones. Conforme a lo expuesto la libertad comercial y las disposiciones normativas que han dado origen a la teoría del consensualismo, pues en desarrollo de dicho concepto en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano y el 1134 del Código Civil Francés son un espejo, donde dispone que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. (Acosta & Jimenez, 2015, p.15). El mismo autor señala entre otras cosas que:

Los sujetos tienen el Derecho de celebrar de manera libre sus contratos. El Estado y la ley deben intervenir únicamente para asegurar y proteger la libertad contractual. La libertad de comercio es el reconocimiento de esta época: ella está estimada como la compensación a todos varios conflictos. Se puede contratar porque se es libre. Esta corriente liberal perdura durante el siglo XIX. Una parte no despreciable de la doctrina de los sistemas jurídicos de tradición románico-francesa enseña que el Código Civil francés, y en consecuencia el Código Civil colombiano— ha consagrado la teoría de la independencia de la voluntad privada. (Acosta, 2019, p.13).

La autonomía de la voluntad privada reside en la afirmación en la imponentia de la eficacia normativa, de ciertos actos o declaraciones de voluntad de los privados.

En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador.(Acosta, 2019, p.12).

Plantea Acosta que, los fenómenos sociales hacen parte de la evolución normativa y por tanto, surgen nuevas teorías en la contemporaneidad, donde la autonomía de la voluntad se ve

afectado pues con los nuevos cambios se reduce el espectro de aplicabilidad del libre ejercicio de la voluntad, tal como lo indica el autor así:

Sin embargo, el derecho, en cuanto fenómeno social, no es susceptible de sustraerse a los cambios. Los nuevos rumbos de la historia, junto a las teorías contemporáneas, lograron que se redujera el ámbito concedido al libre ejercicio de la voluntad. En primer lugar, los límites impuestos a dicha autonomía se incrementaron al incluir dentro de la noción de orden público, no solo la esfera política, sino también la económica y los derechos humanos. En segundo lugar, el auge del derecho comercial y las nuevas formas para negociar, le restaron la importancia que antaño tenía. La complejidad de los negocios que se realizan ha incrementado la celebración de contratos “tipo” o de contratos de adhesión, en los cuales el papel que juega el operador jurídico queda limitado a aceptar o rechazar unas cláusulas previamente redactadas por otro. (Acosta, 2019, p.18).

Este postulado del profesor Acosta propio de los contratos de servicios públicos, es el asunto base en que se enmarca la actividad de los ciudadanos cuando son beneficiarios de un servicio público, y es el momento en que se configura la presunta voluntad en que contratante(empresa de servicios públicos) y usuario, irrealmente pactan de casi común acuerdo unas estipulaciones frente a una prestación de un servicio, pero al tener este inmersas posiblemente cláusulas no favorables al usuario, deja entre ver concretamente la practica de una teoría general del abuso del Derecho, y que no solo se habla ya de unas cláusulas no acordadas sino de la existencia de estas dentro de un contrato no consensuado. Además de esto como la posibilidad del usuario es netamente la adhesión no hay opción de cambiar las cláusulas pactadas generando disparidad no

solo con la inclusión de cláusulas exorbitantes, sino quitado totalmente el principio de autonomía de la voluntad en el contrato.

5. CAPITULO V. Jurisprudencia relacionada en materia de Clausulas Exorbitantes en contratos de servicios públicos domiciliarios.

Corte Constitucional, 2003, Sentencia C-741 del 28 de agosto 2003

Es importante señalar que, mediante Sentencia la Corte Constitucional, definió entre otros aspectos lo siguiente en materia del principio de igualdad en servicios públicos domiciliarios:

Refiere la Corte frente a la Igualdad de derechos, oportunidades y trato constata que en el caso presente el problema relativo al principio de igualdad se refiere tanto a la igualdad de derechos, como a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato legislativo.

En cuanto a la igualdad de derechos, el demandante señala que las medidas cuestionadas limitan arbitrariamente a las “organizaciones autorizadas” el ejercicio de sus derechos de libre asociación, libre competencia y participación democrática. En relación con la igualdad de oportunidades, el actor cuestiona que las medidas demandadas conducen al cierre de espacios para el ejercicio de los derechos de las “organizaciones autorizadas” y a la creación de ventajas de mercado a favor de las sociedades por acciones. Y, finalmente, se refiere a la igualdad de trato, porque las medidas demandadas establecen un tratamiento diferente dependiendo del ámbito territorial de prestación del servicio público domiciliario. Todas estas limitaciones se enmarcan dentro del cumplimiento de

los fines de la ley que fijó el régimen de los servicios públicos domiciliarios
(Consideraciones).

Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-066 del 11 de febrero , 1997

Es importante indicar que la Corte Constitucional a través de Sentencia, indicó que si los servicios públicos en general son diligencias características e inseparables también se debe tener en cuenta que:

Al fin del estado social de derecho colombiano (artículo 365 Superior), en búsqueda de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2° ibídem), se precisa que, se apremian una cumplida aproximación entre los individuos y el Estado, corresponden ser objeto de su más profunda inquietud. Son los servicios públicos domiciliarios, interpretados como una variedad del género servicio público, que intenta compensar las necesidades más básicas de los asociados, entrando en un alto nivel de categoría dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales. (Consideraciones).

Asimismo, puntualizó en cuanto a los servicios públicos domiciliarios que:

La idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la evicción de ciertas garantías y derechos constitucionales esenciales de las personas, que componen razón de la coexistencia de la parte consonante de la Carta y de la distribución y ejercicio del

poder público. Innegablemente, una ineficaz prestación de los servicios públicos puede encaminar detrimento para derechos de alta importancia como la vida, la integridad personal, la salud, etc. Consciente de lo anterior, el Constituyente de 1991 dedicó una especial regulación a la materia de los servicios públicos (artículo 365 de la Carta), en la cual los reconoce como inherentes a la finalidad social del Estado, a quien atribuye el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Sin embargo, admitió en el legislador la autoridad de precisar su régimen jurídico de manera anticipada, eso sí, la contingencia de que los mismos sean facilitados por el Estado claramente, o indirectamente a través de comunidades organizadas y particulares, pero en todo caso conservando aquél su regulación, control y vigilancia (Consideraciones).

Por otro lado, dio la razón explícitamente en el artículo 366, donde la misma sentencia señala entre otras cosas que:

El bienestar general y la mejora de la calidad de vida de la comunidad son finalidades sociales del Estado, asignando el objetivo de remediar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, dentro de las mismas se otorga, incluso, antelación de gasto sobre cualquier otra retribución, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales. Asimismo, dedicó una habilidad especial al tema de los servicios públicos domiciliarios, como estudio más concreto del género servicios públicos, para dejar en manos de la ley las capacidades y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad y financiación, a la luz de criterios de apoyo y redistribución de ingresos, en busca de asegurar la igualdad y el marco jurídico-político

democrático, participativo y justo que esta república unitaria se propuso en el Preámbulo de su Constitución (Consideraciones).

Corte Constitucional, Sentencia C-1162 del 06 de septiembre, 2000

Ahora bien, la Corte Constitucional, enfatizó mediante Sentencia C-1162 de 2000, que los servicios públicos domiciliarios deben ser regulados por las correspondientes comisiones, como facultad que el Presidente de la República puede delegar, al respecto indicó entre otras cosas que:

En materia de servicios públicos domiciliarios, debe sobresalir que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado cualquiera parte de la doctrina, es decir, un herramienta normativa para “completar la ley”, o para colmar las áreas que ella pueda haber dejado, y menos para suplantar al legislador si éste nada ha prevenido, pues ello figuraría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República y, más grave todavía, a sus delegatarios- facultades de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en declarar contravención de las proposiciones del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado, el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él, sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas. En efecto, “completar” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan”, y ello implica que "regular" ha sido erróneamente asimilado a "legislar", en tanto ha sido

entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del presidente a que ella se haga “con sujeción a la ley”, no “para completar la ley” (Consideraciones).

Por su parte, el inciso primero del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, señala en la citada disposición legal:

Artículo 73. Funciones y facultades generales. Las Comisiones de Regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad (...) (Consideraciones).

De igual forma, el artículo 48 de la Ley 489 de 1998 ha establecido que:

Las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios tienen la finalidad de “promover y garantizar la competencia entre quienes los presten”. En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los

particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros. La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios (Consideraciones).

Al tenor de los criterios precedentes, la Corte sólo encuentra una interpretación de los artículos 14-18 y 69 de la citada Ley, que resulta acorde con el Ordenamiento Superior y, en consecuencia, declarará constitucionales esas normas, pero bajo el entendido de que:

(...) la facultad reguladora asignada a las comisiones se debe ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta -y siempre que se dé la previa delegación por parte del Presidente de la República (artículos 211 C.P. y 68 de la Ley 142 de 1994), facultad que esta Corporación encontró acorde con la Constitución (Consideraciones)

Es decir, para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del presidente de la República. “La Corte declaró la exequibilidad del párrafo del artículo 69 acusado, así como la del artículo 14, numeral 18, de la Ley 142 de 1994, siempre que se entienda la función de regular la prestación de servicios públicos domiciliarios.” (Consideraciones).

Consejo de Estado, 2021, Sentencia n° 25000-23-26-000-2006-02001, 2021

Las facultades excepcionales de las que trata el Estatuto Contractual, como una concreción de los llamados poderes exorbitantes al derecho común, pueden ser ejercidas por las entidades públicas, exclusivamente, en los casos, bajo las condiciones y los requisitos que autoriza la ley, esto, en atención al principio de legalidad que rige las actuaciones administrativas. En este sentido, la inclusión de una cláusula del contenido y el significado de la caducidad requiere una habilitación normativa que, para el caso de los

contratos regidos por el Estatuto Contractual, se encuentra en los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993. (Consideraciones).

Esta cláusula puede hacer parte de los contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios, bien porque así lo decida la Comisión de Regulación correspondiente, de oficio, y en atención indiscutible a la garantía de continuidad del servicio, o con ocasión de su solicitud por parte de un prestador de servicios públicos domiciliarios, como ocurre en el caso de la CRA, de conformidad con el artículo 1.3.3.3 de la Resolución 151 de 2001. (...) en el origen mismo de las cláusulas exorbitantes o excepcionales (que han servido como criterio de identificación de los contratos administrativos), se encuentra la garantía del interés general, particularizado, para el caso de servicios públicos como los domiciliarios, en la necesaria continuidad en la prestación del servicio. Esta nota ha inspirado, desde siempre, la concepción misma de una facultad como la caducidad administrativa, cuyo elemento esencial ha sido el evitar que un incumplimiento contractual pueda poner en peligro la efectiva y continua prestación del servicio público. (Consideraciones).

La caducidad administrativa, como prerrogativa pública concebida para garantizar la prestación del servicio público y su continuidad, ha sido catalogada como una auténtica potestad exorbitante, con la que se tutela el interés general de la comunidad ante situaciones de incumplimiento contractual que pongan en peligro la prestación de un servicio público. Tiene una entidad de tal naturaleza que se convirtió en el primer elemento que permitió la sustantividad de los contratos que celebra el Estado en el ordenamiento jurídico colombiano. “Esta facultad

excepcional, este poder ejercido para la garantía del interés general, tiene lugar cuando el contrato aún se encuentre en ejecución, pues pretende evitar, justamente, la paralización en la prestación del servicio público”. (Consideraciones).

Con la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios se incorpora un régimen de derecho público a aspectos concretos de un contrato regido, por regla general, por el derecho privado, cuyo régimen común, por demás, sigue siendo realidad para los demás aspectos contenidos en la relación contractual.

El arribo de estas normas se justifica, en gran parte porque, si bien, de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, los servicios públicos pueden ser prestados por particulares, el que estos se entiendan inherentes a la finalidad social del Estado justifica que quienes se encarguen de su prestación (sean públicos o privados) tengan a mano instrumentos con miras en la continuidad del servicio, en pro del interés general. (Consideraciones).

Para el caso de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, se supone que la respectiva Comisión de Regulación, tras adelantar el análisis económico del impacto de la aplicación de las cláusulas excepcionales y de decidir en qué casos son obligatorias y en cuáles debe solicitarse su inclusión, determinó que debían pactarse facultades excepcionales en una tipología contractual como la que acá se estudia, esto es, en un contrato de obra (...)

La deslegalización que contempló el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, dejando en manos de una entidad administrativa como la CRA la posibilidad de decidir si pueden o

deben incluirse cláusulas exorbitantes en contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, tuvo, sin dudas, un fundamento técnico y económico, cuyo trasfondo es la compatibilidad de la continuidad del servicio con el impacto económico que dicha inclusión pueda tener en servicios públicos que fueron liberalizados desde la Constitución Política. (Consideraciones).

Resulta dable afirmar que el legislador quiso someter los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al régimen de derecho privado, salvo en aquellos casos en los cuales, de manera expresa, reservó su aplicación a las normas del Estatuto General de la Contratación, lo cual fue considerado constitucional por la Corte Constitucional. Conforme con lo anterior;

(...) una de las excepciones a la aplicación del derecho privado se relaciona, como se precisó líneas atrás, con la inclusión de prerrogativas públicas conferidas por el legislador a las empresas prestadoras de servicios públicos, la cuales se encuentran regidas por el Estatuto General de la Contratación. (Consideraciones).

Tal es el caso del poder excepcional relacionado con el tratamiento que se le puede dar a algunos bienes: remoción de obstáculos, promoción de procesos de expropiación, constitución de servidumbres consagrado en el artículo 33 de la Ley 142 de 1994; también el establecido en el artículo 31 ibídem referido a la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, previa autorización general o particular de la Comisión de Regulación respectiva. Esto significa que la incorporación de cláusulas excepcionales puede ser obligatoria cuando las Comisiones de Regulación respectiva así lo dispongan o, también puede ocurrir que se incorporen por la

Comisión de Regulación, previa solicitud por parte del prestador de servicios públicos domiciliarios. (Consideraciones).

Consejo de Estado, 2020, Sentencia 05001-23-31-000-2005-07646-01 del 14 de mayo, 2020.

A la luz del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en los eventos en los que la inclusión resulte obligatoria (...) todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. Cabe destacar que las cláusulas excepcionales enlistadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 son: la terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y caducidad.

[...] Así pues, no era otra la voluntad del legislador sino la de someter al régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, salvo en aquellos casos en que la Constitución o la misma Ley 142 así lo prevean como ocurre, verbi gracia, cuando se incorporan cláusulas exorbitantes. (Consideraciones).

En otros aspectos, es importante tener en cuenta que en casos en concreto en materia de pólizas en este tipo de contratos suscritos con empresas como EPM, (Empresas Públicas de Medellín), el Consejo de Estado ha señalado que; Ahora, en relación con la competencia de las empresas prestadoras de servicios públicos sometidas al derecho privado, la Sala considera desde ya anunciar que estas no pueden expedir actos administrativos encaminados a declarar el siniestro y a hacer efectiva la póliza de cumplimiento, por la clara razón de que sus actos y contratos se encuentran sometidos al régimen de derecho privado, tal y como lo expresa el

artículo 32 de la Ley 142 de 1994, y el legislador no atribuyó excepcionalmente el ejercicio de la prerrogativa pública consistente en declarar el siniestro a través de un acto administrativo, por lo que una primera conclusión se impone: no existe una norma expresa que otorgue dicha prerrogativa de poder público. (Consideraciones).

Se advierte que fue clara la intención del legislador plasmada en la Ley 142 de 1994, de someter las actuaciones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios al derecho privado, en este caso, el derecho comercial. En este orden de ideas, una entidad estatal cuyos actos y contratos se encuentran sometidos al derecho privado debe realizar las mismas actuaciones que el resto de los sujetos y de manera particular, acudir a la regulación contenida en el Código de Comercio del derecho de los seguros, particularmente, el artículo 1077 ibídem que señala que le corresponde al asegurado:

(...) demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. Dicho en otros términos y para el caso concreto, EPM tenía la obligación de requerir al asegurador con el fin de demostrar la ocurrencia del siniestro y de su cuantía y no expidiendo un acto administrativo, pues se insiste, dicha prerrogativa pública no fue reconocida por el legislador a las empresas públicas encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios sometidas al régimen de derecho privado y, sumado a lo anterior, el artículo 68 del CCA no constituye el fundamento legal para reconocer dicha prerrogativa pública, por las razones precitadas. Descendiendo al caso sub examine, se evidencia que el contrato estatal nro. 030114568 que fue amparado por la póliza de seguro no consagró la estipulación de cláusulas exorbitantes, por lo que no se configura el supuesto excepcional previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 explicado en el

acápite ii) literal a) de esta providencia, para la aplicación de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, se mantiene la regla general de que se trata de un contrato estatal regido por el derecho privado (Consideraciones).

[...] Así las cosas, frente a la pregunta en cuanto a si EPM tenía facultad para declarar la ocurrencia del siniestro, a través de un acto administrativo, la respuesta es negativa, por la clara razón de que, tal y como se indicó, al no configurarse el supuesto excepcional previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 para la aplicación de la Ley 80 de 1993, se mantiene la regla general de que sus actos, (artículo 1077 ibídem). Sumado a ello, el artículo 68 del CCA, a juicio de la S., no constituye el fundamento normativo para reconocer dicha prerrogativa encaminada a materializar el riesgo de incumplimiento y hacer efectiva la póliza de seguro, por las razones precitadas. (Consideraciones).

Aspectos Metodológicos

La presente investigación se realizó desde una perspectiva cualitativa, a través de un método de investigación descriptiva, el cual se desarrolla desde una técnica de revisión documental del régimen de contratación pública y el régimen de contratación privado, así como de los elementos que son propios de las cláusulas exorbitantes.

De conformidad con lo anterior, se analizarán los postulados que existen frente a la definición de contratos administrativos, y contratación privada, para luego establecer como se está manejando la contratación en los servicios públicos, y luego llegar a determinar cómo dentro de estos contratos se incluyen las cláusulas exorbitantes propias del derecho público que posiblemente se pueden interpretar como abuso del derecho en teoría. Luego se ha de inferir si las potestades propias de la legalidad con que se incluyen dichas cláusulas a los contratos entre privados, están acordes a la regla de interés general o si por el contrario rompen con el principio de autonomía privada de la voluntad, para finalmente analizar desde las teorías de principios y reglas si existe o no rompimiento del principio privado de la autonomía privada de la voluntad.

Conclusiones y Recomendaciones

Conforme al análisis efectuado se puede inferir que, la creación de prerrogativas a favor de unos pocos, ha generado una interpretación sesgada entre la potestad estatal y derechos propios de los particulares. Dentro de tales potestades se encuentra la base propia de la contratación consensual que es la autonomía de la voluntad, la cual se relaciona directamente con la aplicación de cláusulas exorbitantes en la contratación de empresas de servicios públicos privadas.

Las Cláusulas Exorbitantes en los contratos de Servicios Públicos Domiciliarios, están dejando de lado la autonomía de los contratantes, al permitir que una de las partes imponga condiciones más favorables dentro de un contrato como lo es el de servicios públicos domiciliarios, ahora bien, es menester destacar que aunque el principio de autonomía de la voluntad está ligado en la celebración de este tipo de contratos, se presenta el principio de libertad económica que tiene conexidad directa con la potestad que tienen los privados de contraer este tipo de contratos dejando de lado los perjuicios sobrevinientes que pueden desencadenarse como consecuencia de la activación de las cláusulas exorbitantes.

En cuanto a la posición dominante del estado, en la celebración de los contratos de servicios públicos domiciliarios con privados, se deben verificar todas las cláusulas exorbitantes en que se desprendan; el principio de objetividad en materia de selección de contratantes, la variación de regulación de los servicios públicos domiciliarios, y la posibilidad de que tengan inmerso el evitar un perjuicio en contra de los sujetos de derecho privado que suscriben este tipo de contratos.

El asunto más preocupante no solo se encuentra en la posibilidad de incluir cláusulas exorbitantes en los contratos, ya que estas como se ha decantado tienen un seguimiento y una regulación específica, así que no se pueden utilizar al arbitrio propio de la entidad contratante, pero se desliga entonces un problema mayor de esta clase de contratos, el hecho de que el contrato de servicios públicos es un contrato de adhesión, en el que por sí mismo se deja presente que no existe autonomía ni consenso alguno frente a las cláusulas del mismo, sino que una parte de manera autónoma coloca todas las condiciones y la otra solo se adhiere a las mismas, y bajo el entendido monopolístico que existe en el territorio colombiano frente a la mayoría de servicios públicos, pues se está en presencia en estado práctico del abuso del derecho en favor de la empresa que contrata, tiene monopolio, y frente a la cual el usuario no tiene opciones.

Si bien las cláusulas exorbitantes han sido diseñadas como métodos para que el Estado pueda ejercer una mejor actividad y así propenda por el bien de los asociados, el uso de las mismas en los contratos de servicios públicos de empresas privadas sin tener en cuenta su causa (el bien común), han roto la presunción mínima de la autonomía en la contratación bilateral, hecho que era básico desde los inicios del derecho para poder señalar que había un contrato.

Del análisis jurisprudencia se debe observar el vínculo directo de la prestación de servicios públicos con la Constitución Nacional, hecho que al estar descrito claramente en el artículo 365, abre la posibilidad de generar normatividad propia alrededor de la efectiva prestación de servicios públicos, lo que ha dejado de presente la preponderancia del derecho general sobre las regulaciones particulares como la de la autonomía privada de la voluntad; y postulado que de igual manera legaliza las capacidades de las empresas prestadoras de servicios

públicos domiciliarios a ser posición dominante y autónoma sobre los particulares a quienes prestan sus servicios.

Ahora, la prestación de servicios públicos como núcleo esencial del estado y como obligación de los Gobiernos debe ser protegida y verificada de manera, pero el permitir que existan contratos de adhesión con monopolio, solo generan que no pueda ya llamarse contrato dicho documento ya que las responsabilidades no han sido impuestas por los contratantes sino por la empresa y en algunos casos por la misma ley.

La ruptura de la autonomía en contratos como los de servicios públicos en donde generan la imposibilidad de elección entre los administrados, debe zanjarse permitiendo que servicios públicos en Colombia como electricidad, agua o gas, sean prestados en los mismos territorios por distintas empresas, ya que en el momento la energía, el agua y el gas son servicios públicos que están distribuidos por jurisdicción a distintas empresas, sin que estas tengan que bajo un mercado regulado competir para prestar el servicio a la comunidad, como por ejemplo si sucede con el servicio de telefonía celular.

Referencias

- Acosta, J. & Jimenez, F.(2015). Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación. *Dikaion*,24(1),12-35.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000100002&lang=es
- American Psychological Association. (2020). Publication manual of the American Psychological Association (7th ed.). <https://doi.org/10.1037/0000165-000>
- Acosta Rodriguez, J & Jimenez-Valderrama, F. (2015). Elementos de derecho Europeo para la Caracterización de las Cláusulas Abusivas en la Contratación. *Dikaion*,
http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S012089422015000100002&script=sci_abstract&tlng=es.
- Acosta Rodríguez, Joaquín. (2019). Contratos Innominados. Consejo Superior de la Judicatura.
<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m2-3.pdf>.
- Álvarez y Rodríguez. (2014). Cláusulas Abusivas En La Aplicación De Las Cláusulas Excepcionales De Interpretación Y Modificación Unilateral En El Contrato Estatal En Colombia. Universidad De Cartagena.
<https://repositorio.unicartagena.edu.co/bitstream/handle/11227/1434/cl%C3%81usulas%20abusivas%20en%20la%20aplicaci%C3%93n%20de%20cl%C3%81usulas%20excepcionales%20de%20interpretaci%C3%93n%20y%20modificaci%C3%93n%20u.pdf?sequence=1&isallowed=y>.
- Amaya, L. (2016). La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se Desprenden de la nueva postura. *Revista Nova et Vetera*.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá.
- Ascanio Pacheco M. (2021). Principios de la Contratación Pública en el ámbito del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bahamon, M. (2018). Elementos y presupuestos de la contratación estatal. Universidad Católica de Colombia, <https://www.studocu.com/co/document/servicio-nacional-de-aprendizaje/apoyo-administrativo-en-salud/elementos-y-presupuestos-de-la-contratacion-estatal/27881855>.
- Blanco Restrepo, J V. (2005). Los convenios de colaboración: una modalidad de actuación de la administración que no se encuentra sometida a la Ley 80 de 1993. *Revista Universidad Católica de Oriente*,
https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/20278/2/Elementos-y-presupuestos-de-la-contratacion-estatal_Cap01.pdf.
- Cámara de Comercio de Bogotá, (2007) Laudo 23 de febrero de 2007. PUNTO CELULAR LTDA vs COMCEL S.A. Árbitros David Luna Bisbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcia Castillo.
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/1b2213b6-678e-4aba-9379-c4e203a33c54/content>

- Calderón Yepes I, P. G. (2022). Análisis de las Dificultades en la Materialización del Principio de Selección Objetiva al Momento de la Escogencia de Proponentes en la Modalidad de la Licitación Pública de Acuerdo al Estatuto de Contratación de la Administración Pública en Colombia. Villavicencio: Fundación Universitaria de la Costa.
- Chaves, I. (2015). Reflexiones Sobre El Contrato En El Derecho Colombiano. Universidad de Salamanca / *Ratio Legis*,
<https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/126085/El%20contrato%20en%20el%20de%20recho%20colombiano.pdf;jsessionid=1C9ADB43F1476004E68168794E1550BE?sequence=1>.
- Chinchilla Imbett. (2011). El deber de información contractual y sus límites. Universidad Externado de Colombia,
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2992/3432>.
- Congreso de la República. (1994). Ley 142. Bogotá.
- Consejo de Estado, Sentencia 11001-03-06-000-2010-00034-00 Sala de Consulta y Servicio Civil del 20 de mayo de 2010.
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-06-000-2010-00034-00\(1992\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-06-000-2010-00034-00(1992).pdf)
- Consejo de Estado (Sección Tercera Subsección B), Sentencia n° 25000-23-26-000-2006-02001. (2021). Sentencia n° 25000-23-26-000-2006-02001 del 17 de marzo 2021.
<https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-25000-23-896200283>.
- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 05001-23-31-000-2005-07646-01 del 14 de mayo. (2020). págs. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-05001-2331-845532560>.
- Consejo de Estado. Sentencia Exp 20968. (9 de mayo de 2012). C. P. Mauricio Fajardo Gómez. (s.f.). Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo Sentencia Exp 20968. (9 De Mayo De 2012). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Corte Constitucional - Sentencia C-1287 (2001). Sentencia C-1287 de 2001. Bogotá D.C.:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>.
- Corte Constitucional, Sentencia C-066 del 11 de febrero. (1997). Sentencia C-066 del 11 de febrero. págs. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-066-97.htm>.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1162 del 06 de septiembre. (2000). Sentencia C-1162 del 06 de septiembre. págs. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1162-00.htm>.
- Corte Constitucional, Sentencia C-741 del 28 de agosto. (2003). Sentencia C-741 del 28 de agosto de 2003. En C. C. Colombia.
- Corte Constitucional, Sentencia T-375 del 21 de marzo. (1997). Sentencia T-375 del 21 de marzo. págs. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-375-97.htm>.
- Dávila Vinuesa, L.G. (2001). Régimen jurídico de la Contratación Estatal, Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Legis. Bogotá.
- Dondel, Judith Patricia. (2015). Aplicación De Las Cláusulas Exorbitantes En Los Contratos Interadministrativos Especialmente En El Contrato De Servicios Públicos Domiciliarios, Se Puede Considerar Que Es Una Modalidad De Contratación Directa. Tunja: Universidad Santo Tomas.
- Estrada Vélez, S. (2011). Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad. págs. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000100013.

- Expósito, J. (2013). Serie Derecho Administrativo No. 19 Forma y Contenido del Contrato Estatal. Universidad Externado de Colombia,
<https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-forma-y-contenido-del-contrato-estatal-9789587720396.html>.
- Gil Botero, Enrique. (2015). Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. En E. Gil Botero, Tesoro de responsabilidad contractual de la administración pública. Bogotá: Temis.
- González García L. (2021). La autonomía De La Voluntad Privada En Los Contratos. Universidad de Antioquia,
https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/23539/1/GonzalezLeydy_2021_AutonomiaContratosAdhesion.pdf.
- Gual José. (2015). Cláusulas de irresponsabilidad entre asimetría, equilibrio y abusividad Universidad Católica de Colombia,
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1017/787>.
- Güecha M, C. N. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. Revista Opinión Jurídica, <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/128>.
- Hernández H. E, Pardo O. (2014) La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana, Opinión Jurídica, Vol. 13, N° 26, pp. 109-124 - ISSN 1692-2530 • Julio-Diciembre de 2014 / 202 p. Medellín, Colombia,
<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a08.pdf>
- Hinestroza Fernando. (2014). Función, Límites Y Cargas De La Autonomía Privada. Bogotá D.C.: Universidad Externado De Colombia.
- Laguado Giraldo, R. (2004). La Contratación Pública Electrónica En Colombia. Pontificia Universidad Javeriana,
<https://Revistas.Javeriana.Edu.Co/index.php/vnijuri/article/view/14746>.
- Leiza Zunino, Pablo. (2012). Contratos de la Administración pública: teoría, principios y aplicación práctica. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria,
https://biblioteca.poderjudicial.gub.uy/index.php?lvl=author_see&id=274.
- Ley 142 de 1994. (11 de julio de 1994). En C. d. Colombia.
- Mier Barros, P. (2010). La Distribución De Riesgos En El Contrato De Concesión De Infraestructura De Transporte –Sector Vial-Como Consecuencia De La Expedición De La Ley 1150 De 2007 – Años 2009-2010. Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario,
<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4782/TorresVillalobos-PabloEmilio2013.pdf;jsessionid=B4393D3B58A9F711D2DAC79E4C8B6C30?sequence=1>.
- Ministerio de Protección Social. (13 de Junio de 2011). Memorando sobre servicios públicos esenciales. Bogotá.
- Orrego Lombana, G. (2012). La prevalencia de los principios en la contratación estatal como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal. Universidad de Medellín, pág.
<https://revistas.ucatolicaluisamigo.edu.co/index.php/summaiuris/article/view/615/587>.

- Osorio Moreno, N.D. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? Revista Digital de Derecho Administrativo n° 10. Bogotá,
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/3687/3869?inline>.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel. (2006). Régimen contractual colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada-Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. IX, núm. 18, julio-diciembre.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel. (2014). La Contratación de las entidades Estatales. pág.
https://books.google.com.co/books/about/La_contrataci%C3%B3n_de_las_entidades_estata.html?id=xgGBzwEACAAJ&redir_esc=y.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel. (2014). La contratación de las entidades estatales. Medellín Colombia: Librería Jurídica Sánchez LTDA.
- Rengifo García, Ernesto. (2002). Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Universidad Externado de Colombia, pág.
<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/25720/u276869.pdf?sequence=1>.
- Rengifo García, Ernesto. (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia, págs. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-del-abuso-del-derecho-al-abuso-de-la-posicion-dominante-9789587104851.html>.
- Rico, L.A. (2013). Teoría general y práctica de la contratación estatal. Leyer, págs.
<https://biblioteca.ugc.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=247983>.
- Rodríguez Pinilla, Sandra P. (2019). Régimen De Contratación Excepcional De Las Empresas De Servicios Públicos Oficiales: ¿Prueba Y Error? Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rodríguez Ramírez, G. (2021). Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal de Colombia: armonización entre la autonomía de la voluntad e imposición legislativa. Universidad de los Andes, págs.
https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrEtwgYhkhk9cQS3kSrcgx.;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzcEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1682503320/RO=10/RU=https%3a%2f%2frepositorio.uniandes.edu.co%2fbitstream%2fhandle%2f1992%2f50703%2f24156.pdf/RK=2/RS=p26G2O1sSXs0FV704fOKjQx5v_k-.
- Rodríguez, L. (2005). Derecho Administrativo General y colombiano. Editorial Temis.
- Santofimio Gamboa, J.O. (2010). Contratación Estatal Legislación. Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J.O. (2017). Compendio d Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Serpa Zambrano L. (2022). El equilibrio económico del contrato y el principio de planeación en contratación estatal: una relación inescindible y necesaria. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.
- Suárez, Tamayo. (2010) Contratos Estatales, Fundamentos Constitucionales, Principios y reglas de Interpretación de la contratación Estatal en Colombia. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín Colombia, <https://www.eafit.edu.co/docentes-investigadores/Paginas/david-suarez.aspx>.

Tarquino Jonathan. (2022). El Sistema Electrónico De Contratación Pública (Secop) Y Los Principios De Transparencia, Publicidad Y Eficiencia Contractual. Bogotá D.C.: Universidad La Gran Colombia.

Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. (2006). Derecho Civil. Tomo I Parte General y Personas. Bogotá: Temis.

