



## SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

### CONCEPTO 358 DE 2023

(junio 23)

#### Ref. Solicitud de concepto<sup>131</sup>

#### COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020<sup>132</sup>, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para “...absolver las consultas jurídicas externas relativas al régimen de los servicios públicos domiciliarios”.

#### ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011<sup>133</sup>, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015<sup>134</sup>.

Por otra parte, la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así lo establece el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

#### CONSULTA

Como antecedente de la consulta se manifiesta que en el Concepto 122 de 2006 de la CREG, se determinó que para usuarios no regulados, no está permitido a los comercializadores de energía, la práctica restrictiva de la competencia que impida a una empresa o usuario no regulado negociar libremente sus contratos de suministro o fijar precios mediante acuerdos previos entre vendedores, entre compradores o entre unos y otros.

Agrega que conforme lo dispone el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, el principio de eficiencia obliga a realizar la correcta asignación y utilización de los recursos, para que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico, y que la Ley 1715 de 2014, tiene por objeto promover el desarrollo y la utilización de las

Fuentes No Convencionales de Energía, en el sistema energético nacional, mediante su integración al mercado eléctrico, su participación en las Zonas No Interconectadas y en otros usos energéticos como medio necesario para el desarrollo económico sostenible, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y la seguridad del abastecimiento energético, y hace mención a la Resolución MME No 40156 de 2022<sup>[5]</sup>.

Con fundamento en lo anterior, se formulan varias inquietudes referentes a las cláusulas que se pueden incluir en el contrato de servicios públicos en el mercado no regulado, las cuales serán transcritas y respondidas en el acápite de conclusiones.

## **NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE**

Ley 142 de 1994<sup>[6]</sup>

Ley 143 de 1994<sup>[7]</sup>

Concepto Unificado No 012 de 2010

## **CONSIDERACIONES**

Con el propósito de ilustrar el tema consultado, se procederá a emitir un concepto de carácter general, suministrando la orientación e interpretación frente a la consulta formulada, sin que el mismo comprometa la responsabilidad de la Superintendencia, ni tenga carácter obligatorio ni vinculante, toda vez que se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, introducido por sustitución, por la Ley 1755 de 30 de junio de 2015.

En este sentido, en el presente concepto se efectuarán algunas consideraciones relacionadas con los siguientes ejes temáticos (i) normas de derecho privado aplicables a los contratos de servicios públicos domiciliarios, y (ii) presunción del abuso de la posición dominante.

### **(i) Normas de derecho privado aplicables a los contratos de servicios públicos domiciliarios**

Previo a abordar el tema objeto del presente capítulo, vale precisar que las preguntas planteadas en la consulta hacen referencia a la posibilidad de pactar algunas cláusulas, que (i) limiten que el usuario instale un proyecto de generación, autogeneración o cogeneración, (ii) impliquen que el usuario deba informar acerca de la instalación de un proyecto de ese tipo, y/o (iii) establezcan indemnizaciones a favor del prestador por el incumplimiento de la limitación establecida, todo ello, en el marco de un contrato de servicios públicos celebrado entre un comercializador de energía eléctrica y un usuario no regulado,

Al respecto, es importante reiterar que la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ni siquiera cuando se trata del contrato de servicios públicos, tal como lo dispone el párrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994. De igual forma, debe abstenerse de indicar si tales actos o contratos son legales, pues, por un lado, no tiene la competencia para pronunciarse acerca de la legalidad de los mismos, y, por otro, podría incurrir en actos de coadministración.

Sin perjuicio de lo anterior, vale precisar que el contrato de servicios públicos se encuentra tipificado en el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, de la siguiente forma:

**“Artículo 128. Contrato de servicios públicos. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.**

*Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.*

*Los contratos entre quienes presten el servicio de larga distancia nacional e internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contiene esta Ley. Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma en que lo determinen las comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores.”*  
(Subrayado fuera del texto original)

Conforme con lo indicado, el contrato de servicios públicos es un acuerdo uniforme en donde el prestador del servicio, de manera previa a su celebración, ha definido las estipulaciones contractuales que lo regirán, las cuales son iguales para todos los usuarios, ello sin perjuicio de las especiales que se pacten con alguno o algunos usuarios, lo que significa que por regla general, que el usuario tiene que adherirse a esas condiciones, sin que en principio, tenga posibilidad de negociarlas con el prestador.

No obstante lo indicado, señala esta disposición que este contrato es consensual, ya que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, es decir que, no requiere de formalidades especiales para que surta efectos jurídicos, ni para su perfeccionamiento.

Ahora bien, a pesar de que el contrato de servicios públicos es uniforme, el mismo artículo 128 señala que, “*existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios*”, lo que significa que es posible que, en el marco de la celebración de este contrato, se pacten condiciones especiales para algunos usuarios particulares.

En todo caso, tanto las condiciones uniformes, como las condiciones especiales que se lleguen a pactar con usuarios determinados, deben estar sujetas a lo dispuesto en las Leyes 142 y 143 de 1994, así como a las disposiciones reglamentarias y regulatorias que conforman el régimen que gobierna la prestación de estos servicios, y en lo no previsto por estas por las reglas del derecho privado, tal como lo dispone el artículo 132 de la ley 142 de 1994:

**“Artículo 132. Régimen legal del contrato de servicios públicos.** *El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.*

*Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular.”* (Subrayas fuera del texto)

Al respecto, esta Oficina en Concepto Unificado No 012 de 2010, señaló:

**“(…) 2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN USUARIO EMPRESA.**

*El primer pronunciamiento sobre este tema lo hizo la Corte Constitucional en la Sentencia T-540 de 1992, al resolver un fallo de tutela impetrado contra la Electricadora del Atlántico S.A. y la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A.*

*Este pronunciamiento es destacable, toda vez que este documento de la Corte se produjo antes de la promulgación del actual régimen de servicios públicos domiciliarios, y los criterios allí expuestos inspiraron tal*

legislación, que acoge los nuevos criterios jurídicos que despojan al Estado de la exclusividad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En el pronunciamiento citado, la Honorable Corte Constitucional señaló lo siguiente:

*'La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas encargadas de su prestación no es un tema pacífico en la doctrina. Por un lado, la tesis privatista, anteriormente vinculada a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión de la administración, hoy en auge en razón del movimiento que favorece la privatización de empresas de servicios públicos, postula la aplicación del derecho privado a muchas prestaciones administrativas, en especial las desempeñadas por concesionarios. La tesis de la naturaleza jurídico-pública, de otra parte, sostenida por la doctrina alemana, señala que invariablemente la actividad inherente a todos los servicios públicos no es contractual, sino reglamentaria. Se busca enfatizar la prevalencia de la seguridad jurídica sobre las ventajas individuales de la contratación privada en atención a que la prestación de servicios es una actividad dirigida a la realización del interés público.*

*Ninguna posición unilateral, sin embargo, ha logrado responder cabalmente a las características de los diversos servicios públicos.*

*La relación jurídica entre el usuario y las empresas de servicios públicos domiciliarios es, en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley<sup>(15)</sup>'*

*La Corte destaca en ese pronunciamiento que la relación empresa- usuario es una relación legal y reglamentaria, y que de manera supletoria se puede regir por normas de derecho privado en lo no regulado en la ley. En el contexto del fallo citado, la expresión normas de derecho privado debe entenderse no referida exclusivamente al estatuto comercial civil, sino, por ejemplo, como dice el propio artículo 128 de la Ley 142 de 1994, a todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio aunque no estén escritas (principio general de la bona fides contractual), o a las especiales que pacte con algunos usuarios, todo esto conforme a la ley.*

*Lo dicho anteriormente fue ratificado posteriormente en la Sentencia C-263 de 1996<sup>(16)</sup>, en donde se efectuó el análisis de constitucionalidad del artículo 159 de la ley 142 de 1994, a raíz de una demanda que cuestionaba la competencia que la ley le atribuyó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para conocer de los recursos de apelación que interponen los usuarios. Sobra señalar que la norma acusada fue declarada exequible.*

*Los anteriores pronunciamientos son importantes, en razón a que buena parte del análisis de la Corte se centró en definir cual es la naturaleza de la relación jurídica usuario – empresa, y porque los criterios allí expuestos, además de mantenerse inmodificables, han servido de punto de partida para otros importantes decisiones de la misma Corte Constitucional y del Consejo de Estado, sobre el contrato de servicios públicos que regula el artículo 128 ya citado.*

*Posteriormente, la misma Corte, en Sentencia C-1162 de 2000, expuso lo siguiente:*

*'(...) El contrato de prestación de servicios públicos no queda plenamente librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que, aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, a través de la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función<sup>(17)</sup>.*

*En esta Sentencia, de forma complementaria a lo dicho en la Sentencia C-263 de 1996, se afirma que el contrato de servicios públicos es un contrato intervenido por la ley, en todo lo relativo a la determinación de los*

derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función.

La sentencia C-389 de 2002, desarrolla igualmente la naturaleza y características del contrato de condiciones uniformes cuando señala que:

*'La naturaleza de la relación jurídica que nace entre el usuario y la empresa de servicio público respectiva, es de naturaleza contractual y además de carácter consensual y existe desde el momento en que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario o quien utiliza un inmueble determinado solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa. Modalidad contractual de carácter uniforme o por adhesión, dado que hacen parte del contrato no sólo sus estipulaciones escritas sino las condiciones uniformes cuya legalidad haya sido avalada por las comisiones de regulación así como también lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y las normas de los Códigos Civil y de Comercio.'*

Sumados todos estos argumentos, podría afirmarse que dada la fuerte intervención del Estado, éste sustituye en muchos aspectos la voluntad de las partes, empresa-usuario, a la vez que establece unas reglas de equilibrio contractual con el fin de proteger los derechos de los usuarios y evitar posibles abusos de las empresas por la posición dominante que ellas ostentan frente a los usuarios.

En conclusión, el contrato de servicios públicos que regula la ley 142 de 1994, está sometido, como en pocos servicios públicos, a una fuerte regulación estatal, que encuentra su fuente principal en la Constitución Política, y que se desarrolla en las Leyes 142 de 1994, 143 del mismo año y 689 de 2001, además de la regulación que expiden las comisiones y en algunos sectores, por ejemplo, en acueducto y alcantarillado, a través de la reglamentación contenida en los Decretos y Resoluciones emitidas por las autoridades ambientales y sanitarias del país. (...)” (Subrayado fuera del texto)

Como se observa, la relación entre el prestador del servicio y sus usuarios, surge de un contrato que se encuentra regulado legalmente, mientras que en lo no previsto en las disposiciones legales, se aplican las normas de derecho privado que se prevén en los códigos civil y de comercio, tal como al respecto lo dispone el mencionado artículo 132 de la ley 142 de 1994.

Así las cosas vale recordar que, en el régimen del derecho privado aplica principalmente el principio de autonomía de la voluntad privada, principio bajo el cual se faculta a las personas a disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres<sup>[8]</sup>.

En este orden de ideas, en el contrato de servicios públicos domiciliarios se puede pactar cualquier cláusula, siempre que esta no se encuentre en contra de la ley, ni los límites generales del orden público y las buenas costumbres, respetando en todo caso lo dispuesto en las normas legales, reglamentarias y regulatorias que gobiernan la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

#### **(ii) Presunción del abuso de la posición dominante**

Ahora bien, en armonía con el régimen de derecho privado que, subsidiariamente le es aplicable a los contratos de servicios públicos, el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 consagra una serie de conductas en las que se presume la existencia abuso de posición dominante por parte del prestador. Veamos:

**“Artículo 133. Abuso de la posición dominante.** Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

**133.1.** Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

**133.2.** Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;

**133.3.** Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;

**133.4.** Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

**133.5.** Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiriera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;

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

**133.7.** Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

**133.8.** Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;

**133.9.** Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;

**133.10.** Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos;

**133.11.** Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;

**133.12.** Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;

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

**133.14.** Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:

a) Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita,

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

**133.15.** *Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta Ley autorice lo contrario;*

**133.16.** *Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:*

*a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme con lo indicado, se presume que existe abuso de la posición dominante, cuando se incluyen cláusulas en el contrato, que (i) obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato; (ii) le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o (iii) lo obligan a comprar más de lo que necesite. Igual presunción opera para para las cláusulas que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, entre otros.

Ahora bien, es importante indicar que, tal como lo indica esta disposición, esta presunción puede ser desvirtuada cuando se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume el prestador del servicio, por lo que será en cada caso, que se determine si una cláusula es o no abusiva, en los términos del mencionado artículo 133.

De igual forma es importante precisar que, si una cláusula del contrato de servicios públicos es abusiva, dicha cláusula será anulable, sin que dicha nulidad se predique de las demás cláusulas del contrato, es decir, que las demás conservarán su validez. Al respecto se reitera que no le corresponde a la Superservicios conocer acerca de la nulidad de las cláusulas mencionadas.

Por último, es importante mencionar que dentro de las funciones a cargo de las Comisiones de Regulación, se encuentra la de “(...) *dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. (...)*”, tal como para el efecto lo dispone el numeral 73.10 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

En este sentido, los usuarios del servicio público de energía eléctrica se encuentran facultados para solicitar ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la revisión de las cláusulas del contrato de servicios públicos domiciliarios que regula su relación con el prestador de este servicio, con el propósito de que emita concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes en ellos previstos.

## **CONCLUSIONES**

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se presentan las siguientes conclusiones:

*“1. En un contrato de venta de energía eléctrica en el mercado no regulado, por parte de la empresa, puede incluirse una cláusula en la cual se señale que, si el usuario pretende instalar un Proyecto de Generación, Autogeneración o Cogeneración para cualquiera de las fronteras registradas y comercializadas por la empresa, el proyecto no puede afectar el 10% o más de la demanda promedio de los últimos 12 meses de la frontera donde se instalará el proyecto?*

*2. ¿En caso de que el usuario tenga considerado instalar un Proyecto de Autogeneración, la empresa se encuentra facultada para exigirle al usuario que este deberá informarle con un término no menor de seis (6) meses a su entrada en operación?*

3. *¿La empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, se encuentra facultada para ser ella la que proponga un tope de Autogeneración?*

4. *¿Si el usuario no acepta ese tope de autogeneración que propone la empresa, esta última puede exigir al usuario el pago a título de indemnización, de la energía que de acuerdo con el promedio de consumo de los últimos seis (6) meses se estime cobraría hasta el final de tiempo de vigencia del contrato? (...)*”

La Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ni siquiera cuando se trata del contrato de servicios públicos, tal como lo dispone el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994. De igual forma, debe abstenerse de indicar si tales actos o contratos son legales, pues, por un lado, no tiene la competencia para pronunciarse acerca de la legalidad de los mismos, y, por otro, podría incurrir en actos de coadministración.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante advertir que el contrato de servicios públicos se encuentra regulado legalmente, mientras que en lo no previsto en las disposiciones legales, se aplican las normas de derecho privado que se prevén en los códigos civil y de comercio, tal como al respecto lo dispone el artículo 132 de la ley 142 de 1994.

En este orden de ideas, en el contrato de servicios públicos domiciliarios se pueden pactar cláusulas que no vayan en contra de la ley, ni de los límites generales del orden público y las buenas costumbres, las cuales en todo caso deben respetar lo dispuesto en las normas legales, reglamentarias y regulatorias que gobiernan la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En armonía con lo anterior, el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 establece una serie de conductas en las que se presume que existe abuso de posición dominante por el prestador, tales como las que (i) obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato; (ii) le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o (iii) lo obligan a comprar más de lo que necesite. Igual presunción opera para para las cláusulas que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros.

Esta presunción es susceptible de ser desvirtuada si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. Siendo así, será en cada caso que se debe determinar si una cláusula es o no abusiva en los términos del artículo 133 ibidem

Cuando una cláusula del contrato de servicios públicos es abusiva, dicha cláusula será anulable, sin que dicha nulidad se predique de las demás cláusulas del contrato, es decir, que las demás conservarán su validez, competencia que no se encuentra a cargo de la Superservicios.

Dentro de las funciones a cargo de las Comisiones de Regulación, se encuentra la de “(...) *dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia.* (...)”, (num. 73.10, art. 73, L. 142/94).

Los usuarios del servicio público de energía eléctrica se encuentran facultados para solicitar ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la revisión de las cláusulas del contrato de servicios públicos domiciliarios que regula su relación con el prestador de este servicio, con el propósito de que emita concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes en ellos previstos.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica

<https://www.superservicios.gov.co/Normativa/Compilacion-juridica-del-sector>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

**FREDY RAÚL SILVA GÓMEZ**

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

<NOTAS DE PIE DE PAGINA>.

1. Radicado 20235291708602

TEMA: CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS

Subtemas: Cláusulas abusivas.

2. *“Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.*

3. *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

4. *“Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”*

5. *“Por la cual se adopta el Plan de Acción Indicativo 2022-2030 para el desarrollo del Programa de Uso Racional y Eficiente de la Energía, PROURE, que define objetivos y metas indicativas de eficiencia energética, acciones y medidas sectoriales y estratégicas base para el cumplimiento de metas y se adoptan otras disposiciones”*

6. *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”*

7. *“Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.”*

8. Corte Constitucional, Sentencia C-934/13

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***