

**DOCUMENTO DE TRABAJO DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN “POR LA CUAL SE ESTABLECE LAS CAUSALES PARA QUE LOS SUSCRIPTORES SE LIBEREN DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA FORMA DE ACREDITAR LA EXISTENCIA DE ACTUACIÓN DE POLICÍA O PROCESO JUDICIAL RELACIONADO CON LA TENENCIA, LA POSESIÓN MATERIAL O LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE, EN VIRTUD DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 128 DE LA LEY 142 DE 1994”**

**Tabla de Contenido**

1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. ANÁLISIS JURÍDICO .....	2
2.1 La facultad de la Comisión.....	2
2.2 El contrato de servicios públicos: las obligaciones contractuales.....	3
2.3 El carácter de suscriptor, consumidor y usuario. Quién se puede liberar de las obligaciones contractuales?.....	6
2.4 El concepto de solidaridad.....	8
2.5 La propiedad, la posesión y la tenencia material de un inmueble. ....	11
3. ANÁLISIS ECONÓMICO Y TÉCNICO .....	13
3.1 Enfoque.....	13
3.2 Análisis de la Situación Actual de acuerdo con la Información Disponible.....	13
3.2.1 Información Disponible.....	13
3.3 Análisis de Información.....	14
3.4 Revisión de la Teoría del Análisis Económico de la Libertad Contractual.....	18
3.5 Análisis de Alternativas.....	20
4. CONCLUSIONES.....	21

**Lista de Tablas**

Tabla 1. Porcentaje de Reclamos 28 .....	14
Tabla 2. ANOVA Valor de Mora .....	15
Tabla 3. ANOVA Detalle EPM Valor de Mora y Facturación .....	15
Tabla 4. Medias Valor de Mora y Facturación .....	16
Tabla 5. Porcentaje de Longitud de Periodos de Mora .....	17

**Lista de Gráficos**

Gráfico 1. Histograma Longitud Periodos de Mora, EPM.....	18
---	----

## **1. INTRODUCCIÓN**

De acuerdo con el inciso 3 del artículo 128 de la Ley 142 de 1994 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.

Considerando lo anterior, este documento de trabajo presenta el análisis legal, económico y técnico del proyecto de resolución que tiene por objeto señalar (1) los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales ante la evidencia de actuación de policía o proceso judicial en el que se debata la propiedad, la tenencia o la posesión del inmueble en el que se presta el servicio, y (2) la forma de acreditar tal situación ante la empresa.

## **2. ANÁLISIS JURÍDICO**

### **2.1 La facultad de la Comisión**

De conformidad con lo establecido en el último inciso del artículo 128 de la Ley 142 de 1994, “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”.

En apariencia, las Comisiones podrían establecer para determinado servicio regulado, siempre de manera general, todos los casos en los cuales el suscriptor se pueda liberar definitivamente de sus obligaciones contractuales; lo cual, dicho de otra forma, se produciría, por ministerio de la Ley en el evento de terminación del contrato de servicios públicos con la extinción por pago de las obligaciones en él contenidas o, en el caso de rompimiento de la solidaridad con el consumidor o usuario y con el propietario, cuando el suscriptor no opere en tal carácter.

Sin embargo, la amplitud de la facultad es apenas aparente, en la medida que la liberación de las obligaciones contractuales –al menos en el caso del rompimiento definitivo del vínculo contractual- se encuentra unida por medio del copulativo “y”, al hecho de no ser parte del contrato por haberse acreditado ante la empresa, en los términos establecidos por la comisión respectiva, que entre el suscriptor y quienes consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble.

El rompimiento definitivo del vínculo contractual con el suscriptor, supone la terminación del contrato, sin que pueda argumentarse que el usuario se subroga en las obligaciones que surjan *a posteriori*, puesto que la norma citada prevé que debe facilitarse la celebración del contrato con los consumidores.

En tal sentido, la competencia de la Comisión se ve restringida a dos asuntos que habrán de abocarse en el desarrollo del presente documento de trabajo:

- a. La determinación de los casos en que el suscriptor se libera de sus obligaciones – bien sea de manera temporal o de forma definitiva- ante la evidencia de actuación de policía o proceso judicial en el que se debata la propiedad, la tenencia o la posesión del inmueble en el que se presta el servicio y,
- b. La consagración de la forma de acreditar tal situación ante la empresa.

En consecuencia, a la vez que se privilegia la previsión contenida en el artículo 8º del decreto 2696 de 2004, en el sentido de acompañar a las decisiones regulatorias con todos “los análisis técnicos, económicos y legales pertinentes”, se hace indispensable dar mayor profundidad al estudio de asuntos eminentemente jurídicos, en especial relacionados con el derecho civil de los bienes y el de las obligaciones, como efectivamente nos proponemos a continuación.

## **2.2 El contrato de servicios públicos: las obligaciones contractuales.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, el contrato de servicios públicos es uniforme y consensual<sup>1</sup>. El carácter de uniforme deriva de las idénticas estipulaciones para un gran número de usuarios y la consensualidad implica que su perfeccionamiento se produce con la mera expresión de voluntad<sup>2</sup>. Como recuerda Alfredo BULLARD, en relación con los contratos existen dos libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. Para este profesor peruano, la libertad de contratar es la facultad que tienen las partes para elegir cuándo y con quién celebrar un contrato. La libertad contractual, por su parte, está referida al contenido mismo de las condiciones contractuales que se incorporan a la relación jurídica que se instaura entre las partes, por lo que para BULLARD, en un mercado que funciona perfectamente, sólo es necesaria la libertad de contratar. Sin embargo, no está de más recordar que el de los servicios públicos domiciliarios, no suele ser un mercado en el que existan muchos vendedores y muchos compradores, no suele existir libertad de entrada y de salida y, tampoco se evidencia información completa a disposición del consumidor, por lo cual no se puede predicar, la existencia de características propias de un mercado en competencia perfecta.

En el caso del agua potable y del saneamiento básico, se trata de servicios sin sustitutos cercanos respecto de los cuales, por obligación legal es necesario vincularse como usuario cuando estén disponibles<sup>3</sup>; razón por la cual la libertad de

---

<sup>1</sup> En adición cabe señalar dentro de las características de este tipo de actos, que se trata de contratos bilaterales (art. 1496 C.C.), onerosos (art. 1497 C.C.), conmutativo (art. 1498 C.C.) y principal (art. 1499 C.C.).

<sup>2</sup> CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1500.—El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

<sup>3</sup> LEY 142 DE 1994. Parágrafo del artículo 16.

contratar se encuentra seriamente limitada para el potencial suscriptor o usuario, con lo cual, el carácter consensual resultaría también, al menos en apariencia, seriamente menguado.

Por otra parte y en relación con la libertad contractual, en el caso de los contratos de servicios públicos o de condiciones uniformes, no puede hablarse de la existencia de “un acuerdo de voluntades ideal en el que las dos partes, exactamente iguales y libres, discuten autónomamente su objeto y luego detallan del mismo modo sus cláusulas”<sup>4</sup>.

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

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

En efecto, el profesor EMILIANI señala que el contrato de servicios públicos no es un contrato de adhesión sino una especie de este que denomina “contrato administrativo”<sup>5</sup> o “contrato dirigido”, cuyas diferencias fundamentales con los primeros, radican en que los contratos dirigidos “consisten en la prestación de un servicio público” y “no hay acuerdo de voluntades sobre las diferentes condiciones de dicha prestación, pues ella se rige por el reglamento del Estado, que este, además puede cambiar cada vez que las necesidades sociales lo exijan”.

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

- i. Las condiciones del contrato de servicios públicos son definidas por la empresa (arts. 128, 129 y 132 de la LSPD).
- ii. Pueden existir estipulaciones no escritas hacen parte del contrato por el hecho de que la empresa las aplique “de manera uniforme en la prestación del servicio” (art. 128 de la LSPD).

---

<sup>4</sup> EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1980. Página 79.

<sup>5</sup> La referencia a los contratos administrativos habrá de asumirse de acuerdo con la época de publicación del texto del profesor EMILIANI, en todo caso anterior a la expedición de la LSPD y, además, de acuerdo con el modelo tradicional del servicio público de origen jurisprudencial y doctrinario, expresado a través de las obras de Duguit, Jèze y Hariou, entre otros. Como lo señala Miguel Angel Sendín García, en su obra “HACIA UN SERVICIO PÚBLICO EUROPEO. El nuevo derecho de los servicios públicos”, estos tres doctrinantes, “acaban uniendo indisolublemente dos elementos: servicio público y procedimiento de derecho público-exorbitancia de derecho común”.

- iii. La existencia del contrato comienza en el momento en que la empresa establece las condiciones uniformes y quien solicita el servicio y su inmueble, se encuentran en las condiciones definidas por la propia empresa (art. 129 LSPD).
- iv. Cuando se enajenan inmuebles, el contrato de servicios públicos se entiende cedido al nuevo propietario (art. 129).
- v. El propietario y quien ejerza el derecho de uso sobre el inmueble, son solidarios en el pago de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio (art. 130 LSPD)<sup>6</sup>.
- vi. Las facturas pueden ser cobradas por vía ejecutiva, siempre y cuando cuenten con la firma del representante legal de la empresa (art.130 de la LSPD).
- vii. La presunción de abuso de las cláusulas abusivas puede ser desvirtuada si se demuestra equilibrio con obligaciones adicionales de la empresa (art. 133 LSPD).
- viii. En caso de anularse alguna cláusula del contrato de condiciones uniformes, por ser equivalente a las establecidas en la lista del artículo 133, el resto del contrato permanecerá incólume.

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

- i. Puede haber disposiciones especiales, pactadas entre la empresa y el usuario (arts. 128 y 132 de la LSPD).
- ii. Cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de manera permanente un inmueble, tiene derecho a ser parte del contrato de servicios públicos (art. 134 LSPD).
- iii. Las comisiones pueden señalar los casos en los cuales los suscriptores pueden liberarse de manera permanente o temporal de las obligaciones contractuales (art. 128 LSPD).
- iv. Las comisiones tienen, dentro de sus funciones, la de establecer criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos y sobre protección a los usuarios.
- v. Existe el deber a cargo de los prestadores, de informar sobre las condiciones uniformes a los usuarios y, en el caso de desatender una solicitud de un usuario en el sentido de suministrarle copia de las mismas, se generaría la nulidad relativa del contrato correspondiente (art. 131 LSP).
- vi. Prelación de las disposiciones especiales de los contratos sobre las condiciones uniformes contenidas en los mismos (art. 132 LSPD).

Ahora bien, además de las disposiciones que hacen del contrato de servicios públicos uno de los llamados “contratos dirigidos”, en el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 se aprecia claramente su bilateralidad (asunto sobre el que volveremos adelante) cuando se establecen como prestaciones principales, en cabeza de la empresa, la prestación de un servicio de calidad y, en cabeza del suscriptor o usuario, el pago del precio en dinero.

---

<sup>6</sup> Mediante artículo 15 de la Ley 820 de 2003, se estableció la posibilidad de que el arrendador exija al arrendatario, la constitución de un seguro que cubra el no pago de los servicios públicos.

### 2.3 El carácter de suscriptor, consumidor y usuario. Quién se puede liberar de las obligaciones contractuales?

Ahora bien, en el entendido de que el contrato de servicios públicos se celebra entre la empresa y el suscriptor, este último es definido, en virtud de lo establecido en el numeral 14.31 de la Ley 142 de 1994, como la “Persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos”.

Así las cosas, cabe dilucidar quién tiene la posibilidad de ser suscriptor o, de otra forma, quién tiene la potencialidad de celebrar un contrato de servicios públicos. Pues bien, según previsión contenida en el artículo 129 de la Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante LSPD), puede solicitar el servicio el propietario de un inmueble o “quien utiliza un inmueble”. En concordancia, mediante artículo 134 *ibídem* se estableció que puede hacerse parte de un contrato de servicios públicos, “Cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título...”.

En suma, en los términos de la LSPD, podrá ser suscriptor de un servicio público:

- a. El propietario de un inmueble
- c. Quien habite un inmueble de manera permanente.
- d. Que utilice un inmueble de manera permanente<sup>7</sup>.

Cuando el suscriptor del contrato es el propietario, es de aplicación el inciso 2º del artículo 129 de la Ley 142 de 1994, según el cual:

“En la enajenación de bienes raíces urbanos se entiende que hay cesión de todos los contratos de servicios públicos domiciliarios, salvo que las partes acuerden otra cosa. La cesión operará de pleno derecho, e incluye la propiedad de los bienes inmuebles por adhesión o destinación utilizados para usar el servicio”.

Ahora bien, en gracia de discusión podría decirse que, el derecho de habitación es el derecho de uso “sobre una casa” y hace referencia a la “utilidad de habitar en ella”<sup>8</sup>. Por su parte, la expresión “utilizar” podría entenderse referida al derecho de uso, definido en el artículo 870 *ibídem* y, en tal virtud, como un “...derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa”.

Sin embargo, en aplicación de la previsión contenida en el artículo 28 del Código Civil<sup>9</sup>, será menester entender que la referencia a “habitar”, guarda directa relación con el derecho de habitación; empero, *a contrario sensu*, el derecho a “utilizar”, no podrá limitarse al derecho de uso definido en el artículo 870 del Código Civil. En efecto, como quiera que no existe definición legal de la expresión “utilizar”,

<sup>7</sup> Nótese que en el artículo 129 no se exige que la “utilización” de un inmueble sea permanente, a diferencia de la previsión del artículo 134 de la misma Ley. Nosotros entendemos que debe exigirse la permanencia, puesto que tal calificación se encuentra en una norma posterior.

<sup>8</sup> CÓDIGO CIVIL. Artículo 870.

<sup>9</sup> De conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código Civil, “ARTÍCULO 28.—Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

habremos de atenernos al sentido natural y obvio de la misma, contenido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>10</sup>, según el cual “utilizar” es “aprovecharse de algo”.

Siguiendo esta línea argumentativa, la facultad de “utilizar una cosa” aparece mucho más amplia, hasta el punto de poderse afirmar que la mayoría de los derechos reales suponen la posibilidad de “aprovecharse”<sup>11</sup> de determinada cosa. Ello, sin embargo, no quiere decir que todos los derechos reales impliquen la posibilidad inmediata de aprovecharse de un bien.

Atendiendo lo establecido en el inciso segundo del artículo 665 de nuestro ordenamiento civil, son derechos reales, “...el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca”.

Si se tiene en cuenta la tesis de *númerus clausus*, aplicada al artículo 665 del Código Civil, se tendrá la posibilidad de que la utilización de la cosa se produzca, además del caso del derecho de dominio o propiedad, en los derechos de usufructo, uso o habitación y en las servidumbres activas<sup>12</sup>. Empero, pese al reconocimiento jurisprudencial del listado de derechos reales con el carácter de *númerus clausus*<sup>13</sup>, la doctrina y el Código Civil en artículos diferentes, han entendido que existen otros derechos reales como el derecho de retención, el arrendamiento por escritura pública<sup>14</sup>, el derecho de superficie, la posesión, la copropiedad, la anticresis y la fiducia<sup>15</sup>.

De esta forma, podemos intentar un listado de los derechos que dan lugar a que su titular utilice determinado bien, en adición al derecho de propiedad, como sigue: usufructo, uso o habitación, servidumbres activas, derecho de retención, arrendamiento, derecho de superficie, posesión, copropiedad, anticresis y fiducia.

Ahora bien, el carácter de usuario, según lo establecido en el numeral 14.33 del artículo 14 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, se le asigna a toda “Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor”.

---

<sup>10</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Diccionario de la Lengua Española. edición 23, disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>11</sup> La primera acepción de la palabra “aprovechar” del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es “Emplear útilmente algo, hacerlo provechoso o sacarle el máximo rendimiento”. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. Cit.

<sup>12</sup> Se excluye la hipoteca en la medida que, en atención a lo preceptuado en el artículo 2432 del Código Civil, “...es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”. De esta forma, mal podría el acreedor hipotecario utilizar una cosa que no está en su poder. Adicionalmente, la prenda o empeño supone la entrega de una cosa mueble (art. 2409 C.C.) y, en tratándose del contrato de servicios públicos, el suscriptor debe ser el propietario o quien utiliza un bien, siempre inmueble, en donde se presta el servicio.

<sup>13</sup> Ver, entre otras, la sentencia 1999-1000 de febrero 14 de 2006, de la H. Corte Suprema de Justicia.

<sup>14</sup> En el caso del arrendamiento también se puede “utilizar” un inmueble, sin embargo, no se trata de un derecho real, salvo que se celebre mediante escritura pública.

<sup>15</sup> Esta enumeración es tomada de VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Sexta edición. Temis. Bogotá, 1996. Página 72.

A partir de esta definición la H. Corte Constitucional<sup>16</sup> ha entendido que la persona propietaria de un inmueble siempre tiene el carácter de usuario del mismo, pese a que la tenencia material del bien se encuentre radicada en cabeza de otro, en calidad, por ejemplo, de arrendatario.

Para la Corte<sup>17</sup>, el carácter de usuario indirecto del suscriptor, tiene por sustento los siguientes argumentos:

- a. “La Corte Constitucional se ha referido al usuario de los servicios públicos domiciliarios entendiéndolo por tal a la persona que los usa, “es decir quien disfruta del uso de cierta cosa”, y en verdad esta acepción tampoco pone la razón de parte del demandante, pues si bien no se discute que hay ocasiones en las que el propietario de un inmueble no es el consumidor directo de los servicios, ello no le quita su carácter de usuario, por cuanto aún en esas circunstancias el propietario reporta un conjunto de beneficios concretos de los cuales se vería privado si su bien no contara con las instalaciones y las redes que, al hacer posible la prestación, lo dotan de las condiciones mínimas que lo tornan habitable y apto para incorporarse al tráfico jurídico”.
- b. “La segunda consideración se refiere a la naturaleza “domiciliaria” de los servicios públicos que se comentan. Lo domiciliario es, según el Diccionario de la Real Academia Española, lo “perteneciente al domicilio” o lo que “se ejecuta y se cumple en el domicilio del interesado”, acepciones estas que sin perjuicio de la finalidad de los servicios públicos domiciliarios que es la satisfacción concreta de necesidades personales, sugieren una vinculación de los mentados servicios con el inmueble, aspecto que contribuye a explicar por qué el propietario puede ser llamado a responder aún cuando no sea consumidor directo y por qué existe también una solidaridad en los derechos, por cuya virtud los consumidores directos, así no sean propietarios, están habilitados para exigir que el servicio les sea prestado eficientemente o que la empresa prestadora repare un daño que se haya presentado”.

Por último, es necesario resaltar que la facultad a cargo de las Comisiones de regulación a la que hace referencia este documento, sólo está referida a los suscriptores y, de forma alguna podrá ser extendida a la totalidad de usuarios<sup>18</sup>.

## **2.4 El concepto de solidaridad**

La razón por la cual pudiere existir una relación contractual entre el suscriptor y la empresa, pese a que el suscriptor no consuma “efectivamente” el servicio es la solidaridad prescrita en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994.

---

<sup>16</sup> Esta tendencia doctrinaria que informa el contenido del artículo 130 de la LSPD tiene por sustento las sentencias C-493/97 y C-690/02.

<sup>17</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-493 de 1997. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

<sup>18</sup> Sobre el particular ver el Concepto SSPD-OJ-2006-024 (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios) y el concepto 42724 de 2004 expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.



En palabras de JOSSERAND<sup>19</sup>, “La solidaridad es una modalidad que produce obstáculo a la división de una obligación, en sí y por su naturaleza, divisible: es el todo (*solidum*) lo que se debe a cada uno o debe cada uno; de ahí el nombre de solidaridad, que indica una obligación al todo. Esta es la *solidez* de nuestros antiguos autores, la *correalidad* de los romanos”<sup>20</sup>.

En términos similares HINESTROSA resalta como “rasgo característico, distintivo de la solidaridad”, el hecho de que “...en la relación obligatoria, o sea en las relaciones externas (entre acreedor y deudores o deudor y acreedores), no cabe la división de los créditos o de las deudas, según sea el caso, sin perjuicio de que internamente la situación de cada miembro del respectivo grupo sea autónoma, y en principio tenga una parte de la deuda y sólo esta parte”<sup>21</sup>.

Pues bien, según la previsión contenida en el inciso 2º del artículo 1568 del Código Civil, “...en virtud de la convención del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*”. De esta forma, la consecuencia lógica de la solidaridad radica en que el acreedor puede dirigirse a todos o a cualquiera de los deudores solidarios para obtener el pago de lo debido (art. 1571 del Código Civil).

Ahora bien, es necesario aclarar que, en el evento en que un deudor solidario pague al acreedor la totalidad de lo adeudado, el primero conserva la posibilidad de recuperar lo pagado de los otros deudores solidarios, “...pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda”<sup>22</sup>. En el caso de un propietario que no disfrute los servicios públicos de su inmueble, será de aplicación lo establecido en el inciso 2º del artículo 1579 del Código Civil, según el cual:

“Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores”.

Sobre la posibilidad de recuperar lo pagado por efectos de la solidaridad, ha dicho la H. Corte Constitucional<sup>23</sup>:

“No obstante, advierte la Corte que a pesar de la mencionada solidaridad el propietario del inmueble cuenta con el repertorio de acciones que prevé la ley para exigir la restitución de lo pagado, si a ello hay lugar, cuando las personas vinculadas jurídicamente a él,

---

<sup>19</sup> JOSSERAND, Louis. DERECHO CIVIL. Tomo II, Volumen I. Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa – América. Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires, 1950. Página 605.

<sup>20</sup> No obstante la opinión de JOSSERAND, Eugene PETIT considera que en el Derecho Romano se diferenciaba claramente entre la *obligatio in solidum* y la obligación correlativa. Sobre el particular ver PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa. México, 2005. Página 347 y sgts.

<sup>21</sup> HINESTROSA, Fernando. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES I. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición, Diciembre de 2003. Página 332.

<sup>22</sup> CÓDIGO CIVIL. Inciso 1º del artículo 1579.

<sup>23</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-636 de 2000. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

o terceros que ocupen el inmueble, incumplan las obligaciones de pagar las tasas correspondientes al consumo del servicio”.

Ahora bien, como se observa, en la definición del Código Civil y en la propuesta por el Profesor HINESTROSA, se hace referencia a la posibilidad de que en una obligación exista más de un acreedor o más de un deudor. Así, si se trata de varios acreedores solidarios entre sí respecto de idéntica obligación, se entenderá que existe solidaridad activa. Si, *a contrario sensu*, la solidaridad existe entre los deudores, se tratará de una solidaridad pasiva.

Cabe preguntarse entonces si la solidaridad establecida en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994<sup>24</sup>, es activa o pasiva. Pues bien, nótese que el legislador hace referencia en el mismo artículo, a la solidaridad respecto de los derechos y de las obligaciones nacidas con ocasión del contrato de servicios públicos.

Este contrato tiene por obligaciones principales, de un lado, la prestación del servicio a cargo de la empresa y, de otro, el pago de un precio en dinero por parte del suscriptor o usuario. Así, los “derechos” respecto de los cuales existe solidaridad, son aquéllos consagrados en la Ley 142 de 1994 y en el Contrato de Servicios Públicos (bien sea en sus condiciones uniformes o en las especiales) en favor de los suscriptores o usuarios<sup>25</sup>. Estos “derechos” subjetivos<sup>26</sup> tienen obligaciones correlativas<sup>27</sup>, en especial representadas por el derecho de la empresa de recibir el precio<sup>28</sup>.

De lo anterior se tiene que la solidaridad a la que hace referencia el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, siempre será activa y pasiva al mismo tiempo. En efecto, será pasiva cuando, por ejemplo, la propiedad y la tenencia radiquen en cabeza de dos personas distintas, respecto de la obligación de realizar el pago y, a la vez, será activa, en relación con el derecho de prestación de un servicio de calidad a cargo del prestador<sup>29</sup>.

Pese a lo anterior, la facultad de establecer de manera general los casos de liberación de obligaciones contractuales, parecieran solo cobijar aquéllas parte del

---

<sup>24</sup> En el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, modificado mediante artículo 18 de la Ley 689 de 2001, se estableció que son parte del contrato de servicios públicos delimitado conceptualmente en el artículo 128 *ibídem*, “la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario”. A renglón seguido dispuso el legislador que “El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos” (Subrayas fuera del texto original).

<sup>25</sup> Dentro de ellos resulta de singular importancia el derecho a un servicio de buena calidad, referido en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994, como “...la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos”.

<sup>26</sup> KELSEN el derecho subjetivo como “...el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma” (KELSEN, Hans. Citado por GARCÍA MAÍNEZ, Eduardo. Editorial Porrúa. México, 2000. Página 192).

<sup>27</sup> NOGUERA LABORDE señala que “...a todo derecho subjetivo corresponde una obligación correlativa. Aquél implica esta. Donde hay un acreedor, por ejemplo, hay un deudor”. (NOGUERA LABORDE, Rodrigo. ELEMENTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 1997. Página 211).

<sup>28</sup> En este caso también debe entenderse que el pago no es el único deber a cargo del usuario. De esta forma, aunque se establezca como única prestación a cargo del suscriptor o usuario en el artículo 128 *ib.*, es necesario recordar que la Ley y el contrato de servicios públicos pueden contener otros. Nótese entonces que la suspensión (art. 140 L. 142 de 1994) y el corte del servicio (art. 141 *ib.*) tienen por motivo el “incumplimiento del contrato”, sin que el legislador limitara este al no pago.

<sup>29</sup> En este último caso, el propietario, el poseedor, el tenedor, el suscriptor y el usuario, actúan como acreedores, aunque se beneficien de manera distinta de la prestación a cargo de la empresa.

suscriptor. Sin embargo, dada la bilateralidad del contrato de servicios públicos – cada contratante es acreedor y deudor al mismo tiempo<sup>30</sup>, mal podría entenderse que el legislador quiso que se liberara solamente a uno de los obligados y no a ambos<sup>31</sup>.

Ello no quiere decir que la extinción de las obligaciones respecto de un suscriptor, impliquen la extinción de la obligación respecto de otros. En el caso de existir más de un deudor solidario de la obligación de pago – o de otras obligaciones a cargo de suscriptores y usuarios- la liberación extinguiría los derechos y los deberes del prestador y del respectivo suscriptor respecto de ese suscriptor; empero, derechos y deberes respecto de los otros continuarían intactos. Se trata entonces de una excepción a la indivisibilidad de las obligaciones solidarias.

## 2.5 La propiedad, la posesión y la tenencia material de un inmueble.

Como ha quedado dicho, puede ser suscriptor de un servicio público domiciliario aquella persona (capaz de contratar) que sea propietaria, que habite o que utilice – de manera permanente según el artículo 134 de la Ley 142 de 1994- un inmueble. Lo cual, dicho de otra forma, implica que para ser suscriptor, es necesario ser propietario, poseedor o tenedor de un inmueble<sup>32</sup>. En tal sentido, resulta útil repasar el alcance de estos conceptos.

El derecho de propiedad o de dominio se encuentra definido en el inciso 1º del artículo 669 del Código Civil Colombiano, como un derecho real en una cosa, para gozar y disponer de ella, no siendo contra derecho ajeno<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, página 85.

<sup>31</sup> Según el artículo 1496 del Código Civil, el contrato bilateral es aquél en el que "...las partes contratantes se obligan recíprocamente".

<sup>32</sup> En sentencia C-636 de 2000, la H. Corte Constitucional señaló: "Siendo ello así, resulta apenas normal y viable jurídicamente que personas diferentes al propietario, capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble a cualquier título pueda celebra el respectivo contrato y ser beneficiario de la prestación de (sic) correspondiente servicio". Con esta señal, en principio podría pensarse que la Corte dio vía libre a un deber de los prestadores en el sentido de suministrar el servicio a ocupantes ilegales. Empero, mal podría pensarse que ello fuera así, máxime si se tiene en cuenta la protección constitucional a la propiedad privada (art. 58 C.P.) y la disposición contenida en el artículo 99 de la Ley 812 de 2003, cuyo texto es del siguiente tenor: "ARTÍCULO 99. PROHIBICIÓN DE INVERTIR RECURSOS PÚBLICOS EN INVASIONES, LOTEOS Y EDIFICACIONES ILEGALES. Queda absolutamente prohibida la inversión de recursos públicos en asentamientos originados en invasiones o loteos ilegales realizados con posterioridad a la vigencia de la presente ley. De la misma manera, las entidades prestadoras de servicios públicos se abstendrán de suministrarlos a las edificaciones que se ejecuten en estas condiciones".

<sup>33</sup> El texto original hacía referencia a "gozar y disponer de ella arbitrariamente". Sin embargo, el adverbio "arbitrariamente" fue declarado inexecutable mediante sentencia C-595 de 1999, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, con el argumento de haber sido expedida con sustento en la constitución de 1886, pese a que la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 086 de 1988 la había declarado previamente ajustada a la norma constitucional.

Relativización del derecho de propiedad. "El sentido netamente individual de la propiedad, heredado del derecho romano, que la concibió como concentración de poderes o atribuciones del dueño sobre sus bienes en cuya virtud éstos quedan sometidos directa y totalmente a su señorío con el fin de satisfacer únicamente sus egoístas intereses, ha venido cediendo el paso a una concepción marcadamente solidarista o funcionalista que, sin desconocerle al titular la facultad de utilizar, usufructuar y disponer libremente de los bienes en su provecho, le impone el deber de enrumbar el ejercicio de ese derecho por los cauces del bien común para que las ventajas que de él fluyan, se extiendan a la comunidad, en cuya representación actúa el propietario en función social". (CSJ, S. Plena, Sent. ago. 11/88).

La posesión es definida como en el artículo 762 del mismo ordenamiento, como la “...tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

De esta forma, el propietario de determinado bien, puede ser o no su poseedor, habida cuenta que, como lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia<sup>34</sup>, la posesión es un derecho auxiliar para el dueño –quien es dueño de un bien tiene derecho a poseerlo- o un derecho provisional para quien no lo es, pero está en vías de serlo, dada la presunción de dominio que acompaña a la posesión que, en todo caso, debe ceder ante el derecho de dominio.

Por su parte, la tenencia o “mera tenencia” se encuentra consagrada en el artículo 775 del ordenamiento civil colombiano, como “la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño”. A renglón seguido y, a modo de ejemplo, en la misma disposición se enumera como meros tenedores a “El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación”. En este caso y, por virtud del último inciso del mismo artículo, el tenedor, a diferencia del poseedor, tiene la cosa reconociendo el dominio ajeno.

Se vislumbra entonces la existencia de los dos elementos que delimitan el alcance del derecho de posesión y que lo diferencian de la mera tenencia: mientras en el caso de la posesión existe el *corpus* (la tenencia material de una cosa) de forma concomitante con el *ánimus* (el ánimo de señor y dueño); en tratándose de la mera tenencia, sólo existiría el *corpus* y, a la vez, el reconocimiento de otro como señor y dueño.

Aparece con mayor claridad entonces la tensión entre el derecho que le asiste a un suscriptor en el sentido de ser considerado usuario – que en tal calidad se beneficia con la disponibilidad del servicio, y las resultas definitivas o potenciales de un proceso en el cual pierde o se encuentra en peligro de perder su carácter de propietario, poseedor o tenedor de un inmueble; con lo cual el beneficio que obtendría – representado en derechos subjetivos amparados en un contrato de servicios públicos-, cesaría, cesando también las obligaciones correlativas, anejas a la solidaridad prescrita en el artículo 130 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

---

Como es sabido, nuestro Código Civil tiene por origen el texto del Código de Napoleón que en su artículo 544 define el derecho de propiedad como “el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”.

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de mayo de 1939.

### **3. ANÁLISIS ECONÓMICO Y TÉCNICO**

#### **3.1 Enfoque**

El análisis económico y técnico de esta sección incluye (1) análisis de la situación actual de acuerdo con la información disponible, (2) revisión de la teoría del análisis económico de la libertad contractual, y (3) análisis de alternativas.

En el análisis de la situación actual de acuerdo con la información disponible se determinó que información estaba disponible en el Sistema Único de Información (SUI) en relación con el tema de solidaridad en general, y con base en esta información se trató de establecer la magnitud de los problemas asociados a la solidaridad.

En la sección anterior se hizo referencia al término de libertad contractual dentro del contexto jurídico. En esta sección, el término de libertad contractual, se revisa desde la una perspectiva económica, es decir en relación con las implicaciones que tiene el proyecto en la eficiencia de las transacciones de los contratos de servicios públicos.

El análisis de alternativas consiste en determinar que es más eficiente, el arreglo existente sin inferencia (sin la implementación del proyecto de resolución), o arreglo existente con inferencia (con la implementación del proyecto de resolución), dados los costos de transacción. En el primer caso, no se utiliza la facultad de la Comisión pues se considera que es más eficiente que las partes lo resuelvan por medio de la negociación o que finalmente acudan al sistema judicial. En el segundo caso, se utiliza la facultad de la Comisión pues se considera que el es más eficiente establecer condiciones ex ante por medio de la regulación, y por consiguiente limitar la libertad contractual.

#### **3.2 Análisis de la Situación Actual de acuerdo con la Información Disponible**

##### **3.2.1 Información Disponible**

Antes de realizar el análisis de los escenarios se quiso determinar la magnitud de los reclamos relacionados con las obligaciones de solidaridad para dimensionar de alguna forma la problemática actual. Para esto, se determinó que información estaba disponible en Sistema Único de Información. Desde el 2006, las empresas reportan información de reclamos al SUI por detalle de causal o razón de la reclamación. Existen 39 detalles de causal, dentro de los cuales, el causal 28 se refiere a la solidaridad así: *Cuando el suscriptor manifiesta no estar obligado a realizar los pagos del servicio consumido por el arrendatario.* Aunque los reclamos acerca de este causal sólo se refieren a una parte de los problemas que pueden estar asociados a la solidaridad, y considerando que es la única información disponible que se refiere a este tema, se consideró que un análisis de estos reclamos podía dar indicios sobre la magnitud del problema *reportado*.

La información de reclamos que se solicita desde el 2006, por medio de la Resolución SSPD 20305 de 2006, incluye datos desagregados por reclamación y asociados a NUIDS (número único de identificación de domicilio) y a números de factura. Esto hace posible que los datos de reclamos se puedan cruzar con datos como los de facturación. La información que se utilizó en el análisis incluye información del año 2006 y de enero a junio del 2007.

### 3.3 Análisis de Información

A partir de los datos disponibles en el SUI, se analizó para un grupo de empresas el porcentaje de reclamos asociadas al causal 28 para el año 2006. El grupo de empresas incluye:

1. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogota (EAAB)
2. Empresas Públicas de Medellín (EPM)
3. Empresas Municipales de Cali (EMCALI)
4. Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla (Triple AAA)
5. Acueducto Metropolitano de Bucaramanga (AMB)
6. Aguas de Cartagena (ACUACAR)
7. Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado (IBAL)
8. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira (Aguas y Aguas de Pereira)

Adicionalmente, y dada la posibilidad de cruzar con información de facturación, se analizó, para los suscriptores con reclamos de solidaridad (reclamos 28), el valor de mora. Esto con el fin de establecer que tan problemáticos pueden ser estos suscriptores en términos de recaudo. A continuación se presentan algunos de los resultados de este análisis.

Para las empresas de la muestra se encontró que el porcentaje de reclamos asociadas al causal 28 (reclamos 28) está entre el 0 y el 3.6% (ver Tabla 1). La empresa con el porcentaje más alto de reclamos 28 es Triple AAA con 1592 reclamos en el 2006, seguida de AMB con 342. Lo anterior sugiere que los reclamos asociadas al causal 28 son raros y poco representativos frente al total de reclamos y al total de suscriptores. En el caso de AMB por ejemplo, los suscriptores con reclamos 28 representan sólo el 0.018% del total de los suscriptores.

**Tabla 1. Porcentaje de Reclamos 28**

<b>Empresa</b>	<b>Porcentaje</b>
1. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogota	0
2. Empresas Públicas de Medellín	0.14
3. Empresas Municipales de Cali	0.06
4. Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla	3.6
5. Acueducto Metropolitano de Bucaramanga	1
6. Aguas de Cartagena	0
7. Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado	0.27
8. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira	0.05

Fuente: SUI, Cálculos: CRA

Finalmente, se realizó un análisis de varianza de un factor para establecer si los suscriptores con reclamos 28 tienen problemas de mora particularmente más pronunciados que otros suscriptores (sin reclamos 28). Para esto, se cruzaron los datos de reclamos con los datos de facturación, y se utilizaron muestras aleatorias para los suscriptores sin reclamos 28.

El análisis de varianza de un factor (de dos niveles: con o sin reclamos 28), sugiere que hay evidencia de diferencias significativas entre las medias de valor de mora de los suscriptores con reclamos 28 y de los suscriptores sin reclamos 28, como se puede ver en la Tabla 2, para las seis empresas que reportan reclamos 28, y en detalle en la Tabla 3, para EMP. El promedio del valor de mora es consistentemente más alto para los suscriptores con reclamos 28 que para suscriptores sin reclamos 28.

**Tabla 2. ANOVA Valor de Mora**

Empresa	F	Sig.
Empresas Públicas de Medellín	102	0,000
Empresas Municipales de Cali	43,50	0,000
Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla	2187	0,000
Acueducto Metropolitano de Bucaramanga	913	0,000
Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado	51,68	0,000
Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira	1622	0,000

**Tabla 3. ANOVA Detalle EPM Valor de Mora y Facturación**

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Valor de Mora	Inter-grupos	115.799.457.942	1	115.799.457.942	102,980	0,000
	Intra-grupos	15.073.787.278.418	13.405	1.124.489.913		
	Total	15.189.586.736.360	13.406			
Facturación	Inter-grupos	1.689.560.383	1	1.689.560.383	0,594	0,441
	Intra-grupos	38.116.853.587.823	13.405	2.843.480.312		
	Total	38.118.543.148.205	13.406			

Los resultados del análisis de varianza se complementaron con (1) el análisis del valor de facturación en pesos (facturación simple) para descartar que valores de mora más altos se expliquen sólo como el resultado de valores de facturación más altos, y (2) el análisis de suscriptores con reclamos diferentes a 28 para determinar si los valores de mora de suscriptores con reclamos 28 son muy similares a los valores de mora de suscriptores con reclamos en general.

Dos de las seis empresas analizadas (AMB y Aguas y Aguas de Pereira) incluyen el valor de mora en la facturación, por lo que se construyó una variable (facturación

estimada) sumando la facturación por cargo fijo y la facturación por consumo, y ajustando por contribuciones o subsidios. Para las empresas con facturación estimada, en el caso de AMB, se encontró que no existe diferencia significativa entre las medias de la facturación estimada, mientras en el caso de Aguas y Aguas de Pereira, se encontró una diferencia significativa entre las medias de la facturación estimada, pero esta diferencia es mucho menor (en dos órdenes de magnitud) que la diferencia entre las medias del valor de mora.

**Tabla 4. Medias Valor de Mora y Facturación**

Empresa	Tipo Suscriptor	Valor de Mora	Facturación
Empresas Públicas de Medellín	Sin reclamo 28	6.525	22.720
	Con reclamo 28	17.305	21.418
	Con reclamo diferente a 28	12.041	37.637
Empresas Municipales de Cali	Sin reclamo 28	17.249	25.912
	Con reclamo 28	330.836	56.454
	Con reclamo diferente a 28	20.887	28.971
Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla	Sin reclamo 28	321.669	33.094
	Con reclamo 28	2.129.948	33.898
	Con reclamo diferente a 28	411.296	49.732
Acueducto Metropolitano de Bucaramanga	Sin reclamo 28	18.669	27.153
	Con reclamo 28	1.021.873	31.483
	Con reclamo diferente a 28	19.098	70.530
Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado	Sin reclamo 28	14.770	11.344
	Con reclamo 28	685.348	211.423
	Con reclamo diferente a 28	30.358	15.788
Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira	Sin reclamo 28	17.931	16.533
	Con reclamo 28	533.398	27.243
	Con reclamo diferente a 28	22.406	78.271

Fuente: SUI, Cálculos: CRA

Para las empresas con facturación simple, en los casos de EPM y Triple AAA se encontró que no existe diferencia significativa entre las medias de facturación (Ver Tabla 3 para EPM). En los casos de EMCALI e IBAL, se encontró que existen diferencias significativas entre las medias de la facturación simple. En el caso de EMCALI la diferencia en las medias del valor de mora es considerablemente más alta que la diferencia en las medias del valor de facturación. En el caso de IBAL, la diferencia entre la facturación es proporcional a la diferencia entre el valor de mora. Las medias del valor de mora y del valor de facturación (simple y estimada) se pueden ver en la Tabla 4. Lo anterior surte evidencia para establecer que valores de mora más altos para suscriptores con reclamos 28 no son necesariamente el resultado de valores de facturación más altos.

Como se puede ver en la Tabla 4, las medias del valor de mora para suscriptores con reclamos diferentes a 28, son en promedio menores que las medias del valor de mora para suscriptores con reclamos 28. Adicionalmente, cuando se hacen Análisis de Varianza de tres niveles (sin reclamos, con reclamos 28, con reclamos diferentes a 28) las pruebas de contraste (Bonferroni, Tukey y Shaffé) proporcionan evidencia que hay diferencias significativas entre el valor de mora de suscriptores con reclamos 28 y de suscriptores con reclamos diferentes a 28.



Finalmente los resultados se validaron con un análisis de covarianza (ANCOVA), donde se incluyeron todas las empresas, el factor tipo de reclamo (con reclamos 28 y con reclamos diferentes a 28), y dos covariables: facturación y empresa. Los resultados de este análisis que se presentan en la Tabla 5 soportan los resultados de los análisis de varianza individuales. Como se puede ver, el factor de tipo de reclamo es significativo, a pesar de los efectos de facturación y empresa.

Pruebas Modelo Univariante					
Variable dependiente: VLRMORA					
Fuente	Suma cuadrados tipo III	gl	Media cuadrática	F	Significación
Modelo					
corregido	3,76E+16 <sup>a</sup>	3	1,25E+16	2708,23	0
Intersección	2,83E+16	1	2,83E+16	6108,46	0
Facturación	6,43E+15	1	6,43E+15	1388,65	2,28-300
Empresa	8,44E+14	1	8,44E+14	182,42	1,65-41
Tipo					
Reclamo	2,06E+16	1	2,06E+16	4440,44	0
Error	2,68E+17	57820	4,63E+12		
Total	3,23E+17	57824			
Total					
corregida	3,05E+17	57823			

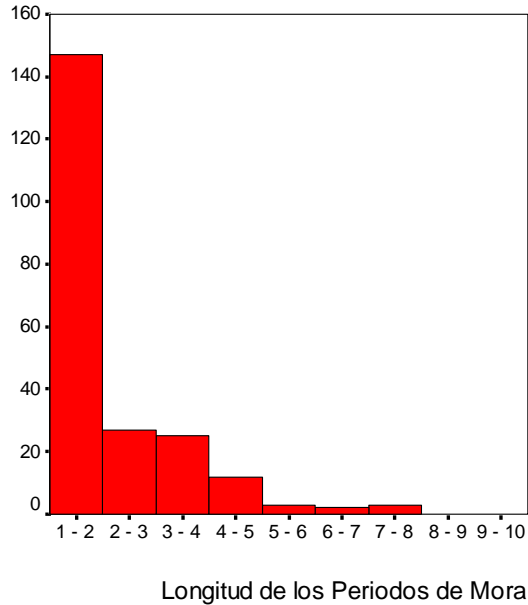
<sup>a</sup> R cuadrado = ,123 (R cuadrado corregida = ,123)

Adicional a la media del valor de la mora, para EPM se compararon las frecuencias de los períodos de mora para los suscriptores con reclamos 28 y sin reclamos 28. En la Tabla 6 puede observar que el porcentaje de periodos de mora mayores a 1 es mayor para los suscriptores con reclamos 28 que para los suscriptores sin reclamos 28. A pesar de esto, se observa que los periodos de mora mayores a cuatro meses, para suscriptores con reclamos 28, son muy raros, y representan sólo alrededor del 4% de todos los periodos de mora (Ver Gráfico 1 a continuación).

**Tabla 6. Porcentaje de Longitud de Periodos de Mora**

Longitud del periodo de mora (meses)	Con reclamo 28	Sin reclamo 28
1	66,82	80,29
2	12,27	10,22
3	11,36	7,66
4	5,45	1,09
5 o mas	4,09	0,73

Fuente: SUI, Cálculos: CRA



**Gráfico 1. Histograma Longitud Periodos de Mora, EPM**  
Fuente: SUI, Cálculos: CRA

A pesar de que los suscriptores con reclamos 28 tienen en promedio valores de mora más altos, el número de suscriptores con reclamos 28 es muy bajo. Esto sugiere que el problema de solidaridad reflejado por la información reportada de reclamos parece ser muy marginal. Esto no quiere decir, que se pueda afirmar que los problemas de solidaridad sean muy escasos, pues es posible que los suscriptores no estén acudiendo a las empresas y manifestándose por medio de reclamos. Lo que sí sugiere, es que de acuerdo con la información reportada a las empresas (no destinada exclusivamente para tal fin) el problema parece estar concentrado en casos muy aislados.

### 3.4 Revisión de la Teoría del Análisis Económico de la Libertad Contractual

El análisis económico de la libertad contractual se basa en sus implicaciones sobre el bienestar, y en particular sobre la eficiencia y la distribución. Desde la perspectiva económica, existen diferentes posiciones a favor y en contra de la libertad contractual. En contratos bilaterales bajo supuestos económicos de mercados competitivos hay cierto consenso a favor de la libertad contractual. En casos particulares, donde los supuestos de mercados competitivos no aplican, en particular donde existen monopolios, externalidades o asimetrías de información, el debate parece favorecer la imposición de restricciones a la libertad contractual. Gran parte de la discusión alrededor de la libertad contractual se concentra entonces en definir las circunstancias bajo las cuales es conveniente limitar la libertad contractual, es decir establecer regulación (Movsesian, 2002).

La mayoría de las posiciones a favor de la libertad contractual se basan en el trabajo de Ronald Coase (Hermalin et al, 2006), en donde la idea principal, es que un contrato bilateral las partes alcanzarán, por sí mismas, el arreglo más eficiente. Así entonces, imponer términos obligatorios a los contratos puede tener efectos adversos en la eficiencia, o ser irrelevantes. Es decir, bajo los supuestos del

Teorema de Coase<sup>35</sup>, las restricciones a los contratos no pueden incrementar la eficiencia. Más aun, restricciones obligatorias pueden ser ineficientes si imponen más beneficios de los que resultarían de contratos no regulados. En la misma línea, se tiene que las restricciones a los contratos pueden no tener ningún efecto sobre la distribución o ser ineficientes y tener efectos inciertos sobre la distribución (Shawb, 1988). Lo anterior, debido a que las obligaciones contractuales son en general voluntarias, por lo que cambios en las reglas de los contratos serán acompañados de cambios en las preferencias de las partes, tendiendo a perturbar el efecto de la regulación en relación con la parte que se pretendía beneficiar en primer lugar (Buchanan, 1970).

Actualmente, el término libertad contractual, según Rakoff (1983) se puede entender como la ausencia de interferencia del gobierno excepto en los casos en que la política pública lo justifique. Se define en términos de la separación entre el mercado y el estado, entre el derecho privado y el público. Cada vez más se amplía el grupo de políticas públicas en el que se acepta la intervención (Rakoff, 1983). Los argumentos en contra de la libertad contractual completa, se dan para casos donde existen externalidades, o condiciones que no permiten que las partes alcancen contratos óptimos<sup>36</sup> (Hermalin et al, 2006).

En el caso de contratos de condiciones uniformes, las restricciones a la libertad contractual son de especial interés y han sido discutidas desde varias perspectivas. De acuerdo con Kessler (1943), los contratos de condiciones uniformes son utilizados por las empresas con alto poder de negociación, ya que empresas con poder de mercado imponen a los consumidores términos estándar de forma “tómelo o déjelo”. Así, los consumidores no tienen la posibilidad de elegir mejores condiciones dado que existe monopolio o que competidores de ese mercado usan los mismos términos. En contraste, para otros autores los términos de los contratos de condiciones uniformes no dependen de las condiciones de competencia (Wurgler, 2005).

Condiciones de mercado y asimetrías de información en el caso de los contratos de condiciones uniformes (en cuanto a que los consumidores, en la mayoría de casos, no leen los términos de los contratos que no están relacionados con el precio o la cantidad), plantean el desafío de establecer las circunstancias bajo las cuales se debe limitar la libertad contractual. En los casos de contratos de condiciones uniformes, en donde se determine que las partes no pueden alcanzar contratos óptimos por si mismas, la pregunta consiste en determinar el alcance del sistema legal para mejorar la situación, sea restringiendo las condiciones iniciales de los contratos o utilizando el sistema judicial.

De acuerdo con Goldberg (1976), en un sector regulado como el agua y saneamiento, existen transacciones al menos en dos niveles. El prestador tiene contratos con consumidores individuales (contrato de condiciones uniformes) y el contenido e interpretación de estos contratos están supeditados al contrato entre el prestador y el regulador. Es así como, la regulación se puede interpretar como el contrato implícito, entre las firmas reguladas y el regulador, que tiene un rol de contrato colectivo.

---

<sup>35</sup> Bajo las restricciones de racionalidad y ausencia de costos de transacción.

<sup>36</sup> Ej., monopolios, asimetrías de información

En escenarios donde existen asimetrías de información o fallas de mercado como monopolios naturales es importante establecer la competencia institucional de los agentes del gobierno. Craswell define la competencia institucional como la competencia de las diferentes instituciones para evaluar el contenido central del contrato y los términos. En relación con términos no relacionados con el precio, es necesario determinar si es posible que la institución en cuestión establezca condiciones a los términos más eficientes que las que el mercado pueda alcanzar. En el caso en que los incentivos del mercado a incorporar términos más eficientes sean muy bajos (sea por asimetrías de información o condiciones de mercado) es probable que la institución (Ej., el regulador) imponga condiciones más eficientes (Craswell, 1996).

En resumen, se puede ver como la Comisión debe determinar, para cualquier proyecto regulatorio donde se interfiera con la libertad contractual (buscando subsanar fallas de mercado, asimetrías de información, o mejorar la distribución), si las imposiciones ex ante que pretende implementar (1) son más eficientes que el mercado o los remedios ex post (Ej. Jueces) y (2) sus efectos sobre la distribución.

### **3.5 Análisis de Alternativas**

Como se puede ver en la sección anterior, el debate teórico a favor o en contra de la libertad contractual, desde el punto de vista económico, no está resuelto. Sin embargo, en los casos donde existen monopolios estructurales y contratos de condiciones uniformes se tiende a favorecer la inferencia ex ante (como imponer restricciones, cláusulas obligatorias o presunciones). A pesar de esto, existe evidencia empírica limitada, y no se ha planteado claramente cómo se debe desarrollar en la práctica un análisis económico de las diferentes alternativas para determinar cual es la más eficiente y que efectos tiene sobre la distribución. Dadas estas limitaciones, para este proyecto, se trató de establecer que alternativa es más eficiente: el arreglo existente sin inferencia (sin la implementación del proyecto de resolución), o arreglo existente con inferencia (con la implementación del proyecto de resolución), dada la información disponible.

En sectores regulados como el de agua y saneamiento, las transacciones, independientemente de que tan bien han sido definidas, están embebidas en un contexto complejo de jurisdicciones contractuales que establecen las obligaciones de las partes y el rol de los agentes (Goldberg).

En Colombia, la naturaleza y características del contrato de servicios públicos están definidas en los Artículos 128 a 133 de la Ley 142 de 1992. Al revisar la Ley, se puede ver que el legislador se ha inclinado por limitar la libertad contractual en relación con los contratos de servicios públicos, más aún a asignado facultades al regulador para actuar sobre algunas de las obligaciones de las partes en relación con estos contratos.

Los contratos de servicios públicos, y en particular las obligaciones en relación con la solidaridad y el rol de los agentes, dependen no solo de la ley de servicios públicos (Ley 142 de 1994) y de los agentes del sector de agua y saneamiento,

también dependen de leyes como la ley de arrendamiento de vivienda urbana (Ley 820 de 2003) y otras leyes relacionadas con la propiedad, la posesión y la tenencia. Por ejemplo, en la Ley 820 de 2003 en el artículo 15 define las reglas sobre los servicios públicos domiciliarios y en el parágrafo 2 especifica que será la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la entidad que velará por el cumplimiento de estas reglas.

Los escenarios que se consideraron para evaluar las dos alternativas incluyen (1) las partes involucradas y su relación con el inmueble (propiedad, tenencia, posesión, (2) actuaciones de policía o procesos judiciales en los que se debata la propiedad, la tenencia o la posesión del inmueble en el que se presta el servicio y las sentencias asociadas y las subsecuentes instancias, y (3) los costos y beneficios marginales para cada una de las partes en los diferentes escenarios.

Ahora bien, como quiera que el proceso de elaboración de una norma de carácter general supone el diseño de un mandato aplicable a cualquiera de las diversas situaciones, no se considera necesario para efectos de la norma positiva, describir cada uno de los escenarios complejos enunciados. Como lo señaló la H. Corte Constitucional al resolver la constitucionalidad del artículo 130 de la Ley 142 de 1994<sup>37</sup>, “cabe anotar que una regulación pormenorizada que tuviera en cuenta la mayoría de los negocios jurídicos que una persona estaría en condiciones de realizar con un bien inmueble de su propiedad, para asignar en cada evento una consecuencia jurídica distinta en relación con el cumplimiento de las obligaciones anejas al contrato de servicios públicos, fuera de no ser exigible al legislador, en caso de resultar posible lo haría incurrir en un casuismo que, además de afectar la autonomía personal, incidiría en forma negativa sobre las condiciones de operación de unas empresas que necesitan recuperar los costos en los que han incurrido y que están abocadas a garantizar a los usuarios una prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios a su cargo”.

#### **4. CONCLUSIONES**

En virtud de las consideraciones anteriores, se sugiere al Comité de Expertos acoger el texto que se remite en documento adjunto. En el proyecto de Resolución, en todo caso para discusión con los usuarios y agentes del sector, se presentan dos artículos, a saber:

- i. Mediante artículo 1º se propone incluir los tres casos en los que es previsible un rompimiento definitivo de las obligaciones contractuales por parte del usuario (proceso judicial o actuación de policía en firme, confusión de la figura de propietario, poseedor o tenedor en una sola persona y, enajenación de inmuebles urbanos y rurales).

Para cada una de estas situaciones se establece con claridad qué documentos y quién habrá de presentarlos ante el prestador para proceder al rompimiento definitivo de las obligaciones contractuales.

---

<sup>37</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-493 de 1997.

- ii. En el artículo 2º se incluyen aquéllas situaciones en las que el rompimiento de las obligaciones contractuales tiene un carácter temporal. Se producirá este rompimiento temporal durante el espacio de tiempo entre la presentación de una demanda o una querrela en la que se debata la propiedad, la posesión o la tenencia material de un bien inmueble, hasta que exista sentencia o decisión de autoridad de policía en firme. De esta forma, la decisión en firme implicará que la ruptura temporal se convierta en definitiva o que se termine tal ruptura y se vuelva a una situación en la cual exista solidaridad entre suscriptor y usuario.

En los anteriores términos se presenta el proyecto de Resolución “POR LA CUAL SE ESTABLECE LOS CASOS EN LOS CUALES EL SUSCRIPTOR SE PUEDE LIBERAR DEFINITIVAMENTE DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y SE ESTABLECE LA FORMA DE ACREDITAR TAL SITUACIÓN ANTE LA EMPRESA”.

## 5. REFERENCIAS

1. Buchanan, J., 1970. In Defense of Caveat Emptor, University of Chicago Law Review, 1970, 38 (1), 64–73.
2. Craswell R., 1996. Remedies when Contracts Lack Consent: Autonomy and Institutional Competence. Osgoode Hall Law Journal, Vol. 33, No. 2.
3. Goldberg V., 1976. Regulation and Administered Contracts. The Bell Journal of Economics, Vol. 7, No. 2, pp. 426-448.
4. Hermalin E., Katz A., Craswell R., 2006. Chapter on the Law & Economics of Contracts, The Handbook of Law & Economics.
5. Kessler, F., (1943) Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract. Columbia Law Review 43, pp. 629-42.
6. Movsesian M., (2002). Two Cheers for Freedom of Contract. Cardozo Law Review, Vol. 23:4.
7. Rakoff T., 1983. Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. Harvard Law Review, Vol. 96, No. 6, pp. 1173-1284.
8. Schwab S., 1988. A Coasean Experiment on Contract Presumptions. The Journal of Legal Studies, Vol. 17, No. 2, pp. 237-268.
9. Wurgler, F., 2005. Competition and the Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of Software License Agreements, NYU Law School Center for Law and Business.