

LAS PLATAFORMAS DIGITALES COMO SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.

ANÁLISIS DESDE EL NÚCLEO DE LOS DERECHOS AL CONSUMIDOR

FERNANDO ALONSO ROA DIAZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TUNJA

2022.

LAS PLATAFORMAS DIGITALES COMO SERVICIOS PUBLICOS EN COLOMBIA.

Análisis desde el núcleo de los derechos al consumidor.

FERNANDO ALONSO ROA DIAZ

Trabajo de Grado para optar al título de

Magíster en Derecho Administrativo

Asesor

Dr. Diego Mauricio Higuera Jiménez

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TUNJA

2022

Nota de aceptación

AGRADECIMIENTO:

Es importante comprender que dentro de nuestra humanidad la presencia de nuestros semejantes se convierte en un aspecto fundamental para el logro de las metas propuestas, en nuestro material camino llamado vida, y reconocerlo es parte de la satisfacción de terminar una misión propuesta para alcanzar la felicidad, por ello a mis semejantes quiero agradecerles su especial ayuda en mi camino, en especial a mis padres, que sin ellos nada fuese posible, al DR, Diego Mauricio Higuera Jiménez, quien con su ejemplo y dedicación ha dejado una huella en el corazón y que a través de su tutoría me ha ayudado a alcanza muchas metas propuestas, a mi universidad que ha dado esta y otras oportunidades para mi formación.

TABLA DE CONTENIDO:

1. Resumen:	6
1.1 Palabras Clave:	7
1.2 Abstract:	7
1.3 Key Words:	7
1.4 Planteamiento del problema:	8
2. Objetivos:	8
2.1.1 General:	8
2.1.2 Específicos:	8
2.3 Hipótesis:	9
2.4 Metodología:	9
3. Introducción:	10
3.1 Método:	11
3.2 Enfoque:	11
3.3 Parte Motiva: Justificación.	11
4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS NEGOCIOS B2C, C2C	13
4.2 PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN SERVICIOS PUBLICOS	16
4.3 EXTREMOS CONTRACTUALES (DEFINICIONES)	18
4.3.1 COMERCIO ELECTRÓNICO B2B	18
4.3.2 COMERCIO ELECTRÓNICO B2C	20
4.3.4 COMERCIO ELECTRONICO C2C	30
5. PROTECCION A LOS CONSUMIDORES EN NEGOCIOS B2C Y C2C OBLIGACIONES CONTRACTUALES:	30

6. SERVICIOS PÚBLICOS:	31
6.1 SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS:	39
6.2 INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.	43
6.3 SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	44
6.4 FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.	45
7. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO GARANTE DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS:.....	46
7.1 NATURALEZA DEL DERECHO AL SERVICIO PUBLICO:	48
7.2 REG TECH:	53
7.3 REC TECH, DERECHOS CONEXOS EN JUEGO CON LAS PLATAFORMAS DIGITALES, DERECHOS INOMINADOS ART 94 CONSTITUCION POLITICA:	57
8. IMPOSIBILIDAD DEL ESTADO DE GENERAR POLÍTICAS REGULATORIAS A LAS PLATAFORMAS DIGITALES QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS:.....	62
9 Conclusiones	77
10. BIBLIOGRAFÍA.	78

LAS PLATAFORMAS DIGITALES COMO SERVICIOS PUBLICOS EN COLOMBIA.

Análisis desde el núcleo del consumidor

FERNANDO ALONSO ROA DIAZ.¹

1. Resumen:

Desde la óptica del derecho administrativo se abordara concretamente la inclusión de las plataformas digitales en el Estado colombiano desde la óptica de los negocios virtuales en su extensión B2C, C2C, advirtiendo que las nuevas plataformas negóciales en la red, aplicaciones de entretenimiento, portales de negocios etc., han trascendido la óptica de ser simples ciberespacios de contenido, o de operaciones mercantiles y se han convertido en servicios públicos y su crecimiento exponencial compromete al estado a ser participe en su regulación para el correcto uso, y la protección que deriva de ella, es fundamental para el logro de los fines del mismo, de esta manera esta tesis de grado está orientada a demostrar la necesidad de regulación Publica de estas actividades y de las competencias públicas que se derivarían del control que debe tener el estado en estas actividades.

¹Abogado Egresado de la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja., Especialista en Derecho Administrativo de la universidad Santo Tomas de Tunja, decente investigador, Abogado litigante, candidato a Magister Derecho Administrativo Universidad Santo Tomas sede Tunja.

1.1 Palabras Clave:

Comercio electrónico, Web, empresarios, consumidores, protección, negocios, garantías, productos, información, compra, venta, B2C, C2C, servicios públicos, RegTech.

1.2 Abstract:

From the point of view of administrative law, the inclusion of digital platforms in the Colombian State will be specifically addressed from the point of view of virtual business in its B2C, C2C extension, warning that the new business platforms on the network, entertainment applications, business portals etc., have transcended the optic of being simple cyberspaces of content, or commercial operations and have become public services and their exponential growth commits the state to be a participant in its regulation for the correct use, and the protection that derives from it. , is essential for the achievement of its purposes, in this way this thesis is aimed at demonstrating the need for Public regulation of these activities and the public power that would derive from the control that the state must have in these activities.

1.3 Key Words:

Electronic commerce, Web, entrepreneurs, consumers, protection, business, guarantees, products, information, purchase, sale, B2C, C2C, public services, RegTech.

1.4 Planteamiento del problema:

¿Es posible categorizar a las plataformas digitales como servicios públicos, con el fin de que el estado realice un control directo a las mismas?

2. Objetivos:

2.1.1 General:

Buscar la manera jurídica de categorizar las plataformas digitales como servicios públicos.

2.1.2 Específicos:

1. Realizar un análisis jurídico de los sujetos contractuales entre las plataformas digitales y particulares
2. Establecer la Naturaleza de Servicios Públicos a las Plataformas digitales que operan En Colombia.
3. Generar a través de esta tesis de grado proyecto de ley de regulación de las plataformas digitales desde la óptica de servicio público, para salvaguardar el patrimonio estatal en eventuales casos de responsabilidad.
4. Establecer una nueva categoría de servicios públicos en las plataformas digitales

2.3 Hipótesis:

2.3.1 Existe la posibilidad categorizar las plataformas digitales como servicios públicos en negocios B2C, C2C.

2.3.2 No existe la posibilidad categorizar las plataformas digitales como servicios públicos en negocios B2C, C2C

2.4 Metodología:

Se realizará un análisis de las plataformas digitales que prestan servicios comerciales, y otros contenidos, con el fin de inicialmente establecer su naturaleza jurídica, para concretamente hablar de servicios públicos como concepto general en el que se deben observar de esta manera establecer contractualmente como se deben observar desde sus extremos y así observar cual es el papel regulador del estado en cambio en esta dinámica comercial digital, para por último establecer acciones constitucionales administrativas de control que se podrían aplicar para darle la regulación pertinente al objeto de estudio, dando aplicación a un método sistemático de investigación para lograr de esta manera generar un proyecto de ley que regule el tema y proteja al estado en su erario por posibles títulos de imputación de responsabilidad administrativa por la ausencia de regulación.

3. Introducción:

Hoy por hoy se ha desarrollado una dinámica global de recepción de información a gran escala que ha reducido los límites geográficos mundiales, dando una amplia gama de adquisición de servicios a través de plataformas digitales, que ofrecen entretenimiento, facilidades en adquisición de bienes y servicios que hoy son una realidad social, comercial y legal.

Desde el punto de vista académico ha tenido teniendo un desarrollo bastante interesante aunque no muy denso y ello se da porque en el país el desarrollo normativo es algo tímido y por qué no decirlo nulo en muchos casos como apps de transporte, de compraventa de productos y servicios etc. y ello ha desencadenado fenómenos que molestan a la sociedad como la migración de plataformas digitales de transporte del país por ausencia de regulación lo que ha desencadena en fenómenos sociales que disgustan y lleva a pensar que efectivamente la regulación de estas plataformas y otras más es una realidad que se debe afrontar de manera urgente y pronta pues las consecuencias que se aproximan con decisiones arbitrarias, o con la ausencia de ellas son posibles actos de estado lesivos para los usuarios y desarrolladores de dichas plataformas, es por ello que se desarrolla este contenido académico con el fin dar una óptica jurídica a lo que viene ocurriendo en la dinámica comercial digital, y proponer una solución viable a lo que viene ocurriendo hoy en el país con la regulación y tratamiento a las plataformas digitales.

3.1 Método:

Esta investigación se vale de un método sistemático.²

3.2 Enfoque:

El enfoque de esta investigación es de tipo socio jurídico. Lo anterior, porque la investigación desarrolla una problemática que según lo expuesto y lo que se expondrá posteriormente, involucra a la sociedad en general. Sin embargo; el fenómeno que da soporte a esta investigación es propio del derecho llevado a la praxis, la aplicación del derecho en la sociedad y casos concretos.

3.3 Parte Motiva: Justificación.

Con respecto a la motivación y justificación de esta investigación, es importante señalar que su concepción va más allá que el requisito de obtener una titulación en grado de maestría, la intención se da al realizar una observación de la realidad actual del país y del atraso del mismo en temas de regulación de plataformas digitales más precisamente en temas B2C y C2C, categorizándolas como servicios públicos, cualquiera sea la naturaleza de la plataforma prestadora del servicio lo que nos da una posibilidad desde la posición académica y de la formación recibida de solucionar problemas que aquejan a la sociedad por la omisión del estado en temas tan recientes de importancia global en el cual todos los asociados se ven involucrados de alguna manera.

²(PONCE DE LEON) afirman: “Método Sistemático se ocupa de organizar los conocimientos, agrupándolos en sistemas coherentes , para lo cual se puede combinar con el método inductivo, se combina además con el método deductivo, cuando se separan las partes de un todo en un orden jerárquico siguiendo determinados criterios de clasificación. (p.8).

Por ello la necesidad de generar doctrina y soluciones como un eventual proyecto de ley que de seguridad jurídica de operación de estas plataformas, que se garantice el acceso además del correcto uso de la información y de los servicios que ellas proveen urge realizar alguna acción académica que pueda orientar estos procesos de manera correcta, por ellos podría señalar que el enfoque de esta tesis de maestría no es otro que un enfoque socio jurídico, que atañe a los asociados de un estado que está afrontando los cambios de la globalización y la masificación de la información a través de plataformas digitales que operan en nuestro territorio, ya directamente vinculado con el derecho público, se da la garantía de que el estado es garante de la vigilancia y control de los eventos comerciales que suceden dentro del territorio, lo que además de estar vinculado con la temática publica, es de vital importancia el encuentro que se avizora entre el derecho administrativo y el derecho privado, el primero siendo el garante de el correcto funcionamiento de las políticas públicas, que deben garantizar que sus asociados se desarrollen de acuerdo a las disposiciones constitucionales.

De esta problemática que se ve reflejada en el ámbito social como el ámbito de los transportadores, en la prestación de servicios personales, venta de bienes y servicios y hasta la salubridad publica se observa que la evolución de las políticas públicas se quedan cortas en algunas ocasiones, ya en lo que refiere al manejo de las nuevas dinámicas sociales, la administración y las normas que regulan diferentes fenómenos desde el derecho privado, y desde el derecho público, se van quedando cortas en el sentido en que no prevén los fenómenos que a futuro se van dando y que van generando nuevos tipos que si o si requieren la intervención del estado en ellos.

Para comprender un poco mejor estos fenómenos es importante entender que lo que se busca en este escrito es categorizar a las plataformas digitales como servicios públicos para que esta manera el estado a través de las Superintendencias puedan regular estas actividades, ampliando sus competencias, así las cosas para lograr un entendimiento mucho más claro es indispensable comprender algunos conceptos que se dan dentro de la dinámica comercial de la nueva era con respecto a la naturaleza jurídica de los negocios entre plataformas digitales, y particulares, o plataformas digitales y personas jurídicas (empresarios) y plataformas digitales, o simplemente personas naturales y personas naturales que generan actividades a través de estas plataformas.

CAPITULO 1

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS NEGOCIOS B2C, C2C

Con el fin de analizar la naturaleza jurídica de los negocios B2C , C2C es imperativo señalar que el mismo se encuentra dentro de la óptica del derecho comercial estrictamente del comercio electrónico cuya aproximación en términos de definición se da tal y como lo señala Martínez (1999) como aquel que (...) abarca todo tipo de transacciones comerciales electrónicas, fundamentalmente compraventa de bienes y prestación de servicios, pero igualmente engloba las actividades y negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas como los pagos electrónicos, cuya particularidad radica en que desarrollan a través de los mecanismos que proporcionan a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías

de la comunicación (correo electrónico, u otras aplicaciones de internet, como los sitios web) (pág. 61 y ss.)

Así mismo, Rodríguez de las Heras (2006) establece que “La expresión comercio electrónico englobaría así aquellas facetas de la actividad económica cuando estas se inician, se desenvuelven o se concluyen a través de medios de telecomunicación a distancia”

De estas definiciones podríamos decir que se empieza a desarrollar una concepción comercial en al cual el estado se empieza a ver involucrado pues estas actividades que pueden ser desarrolladas por particulares (personas naturales) o por personas jurídicas, se da en una desarrollo virtual que aporta al PIB es decir aporta al crecimiento del estado, y este es tan solo uno de los puntos, pues en sí misma la actividad comercial conlleva a la generación de empleo, del desarrollo en sí mismo de la materialización de derechos de orden constitucional como el mínimo vital el derecho al trabajo, la dignidad, la posibilidad de aportar al sistema integrado de seguridad social entre otros, por ello la inclusión del estado en la regulación empieza a tener un tinte inclusivo.

Ahora bien la naturaleza jurídica de estos negocios obedece de cierta manera a las reglas establecidas en el código de comercio colombiano en lo que refiere al perfeccionamiento de contratos en el entendido a que las reglas pertinentes entre plataformas que ofrecen servicios están sujetas a unas condiciones contractuales que se reflejan casi siempre en un documento electrónico que Se pone a disposición de las partes en el que se aceptan o no condiciones de uso, en el entendido que el mismo contrato se perfecciona en el ciber espacio, pues es allí donde opera la red de datos de

las aplicaciones lo que ofrece un desafío adicional en términos de jurisdicción en un eventual conflicto.

Este desarrollo comercial contractual ha llevado a que cada estado desarrolle legislación pertinente a regular la actividad de las plataformas que prestan servicios por lo que su naturaleza jurídica es dinámica y se encuentra en proceso de evolución en mi concepto, sin embargo ello no implica que el desarrollo histórico no se vea comprometido de alguna manera pues algún antecedente se da de manera más rustica pero muy similar y ello fue los servicios que prestaban las emisoras radiales cuando capacitaban personas a través de la radio y titulaban programas que ofrecía a través de sus frecuencias, o las denominadas clases por correspondencia, hoy por hoy la dinámica comercial ha llevado de igual manera a través de la web a titular programas a distancia de maestría doctorado, pregrado técnicos etc. a través de la web, y este es tan solo un aspecto, pues esta dinámica ha llevado aspectos de transporte de salud, de entretenimiento de compraventa de bienes y servicios de una manera bastante libre, que requiere en definitiva una intervención del estado, pues la misma involucra personas y en muchos casos los derechos y deberes inherentes dentro de la capacidad de las mismas, por ello podríamos señalar que la naturaleza jurídica se encuentra en desarrollo entendiendo que está regulada por el código de comercio colombiano.

Una vez hemos visto estas definiciones podríamos analizar unos puntos que son estrictamente necesarios para llevar a cabo un entendimiento más claro del tema pues en mi pensar los elementos que más trascendencia tienen para que se configure el comercio electrónico son en primer lugar el tema de la distancia y en segundo lugar el de la telecomunicación, sin ellos no podría existir comercio electrónico, pues la

herramienta básica es la telecomunicación que es la que permite que los usuarios ya sean consumidores o empresarios puedan tener acceso a productos o servicios supliendo el problemas más grande de la actividad negocial en estos tiempos que es la distancia, pues el ahorro de tiempo y de otros elementos que permite ese dinamismo mercantil que urgía a la sociedad tecnificada.

Ahora bien, pienso que otro de los elementos que tienen gran trascendencia en este concepto es la forma en la que se desenvuelven los negocios allí, pues como es claro, estas actividades se deben establecer en medios electrónicos como son la internet, esto sin importar el punto en el que se desarrolle el negocio, ya sea que se inicie o se concluya allí; el punto es que se desarrolle por este medio virtual.

4.2 PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN SERVICIOS PUBLICOS

Para establecer la protección a los consumidores en servicios públicos es primordial establecer si las plataformas digitales de entretenimiento, de compraventa de bienes y servicios, plataformas de transporte etc. Son plataformas que presten servicios públicos por ello es importante analizar con detenimiento el Artículo 78. De la Constitución Política de Colombia que dispone “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.” Constitución Política de la República de Colombia <Esta versión corresponde a la segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991>

Así mismo el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia que dispone “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”Constitución Política de la República de Colombia <Esta versión corresponde a la segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991>

4.3 EXTREMOS CONTRACTUALES (DEFINICIONES)

4.3.1 COMERCIO ELECTRÓNICO B2B

Rodríguez de las Heras (2006) manifiesta que:

“Las relaciones electrónicas entre empresarios, sin embargo, se han desarrollado durante décadas en entornos cerrados. Los entornos electrónicos se pueden cerrar bien físicamente es decir, empleando redes propias cuyo acceso exige la conexión material del sistema, o bien mediante instrumentos lógico-informáticos, esto es, restringiendo el acceso al sistema, que no es físicamente independiente, por medio de mecanismos de identificación de los participantes, a medida que los entornos B2B existentes han ido adaptando sus aplicaciones al protocolo de internet, van desapareciendo los costosos entornos físicamente cerrados para convertirse en entornos con cierre informático. Rodríguez de las Heras (2006) (pág. 43)

Podríamos entonces señalar que los negocios entre empresarios obedecen a una voluntad de entablar su actividad comercial de forma limitada para lo que hace algunos años estos se llevaban a cabo en redes de carácter privado limitadamente en cuanto a sus participantes esto en redes físicas privadas, pero el avance tecnológico y la reducción de costos ha llevado que los empresarios ejerzan su actividad comercial en redes abiertas en las cuales lo que hacen es limitar el número de participantes con identificaciones y pues sus costos se reducen al llevar a cabo su actividad comercial por ejemplo en internet.

Como característica fundamental podríamos recalcar que los negocios B2B son de carácter privado y limitado pues solo los empresarios por medio de una identificación pueden estar dentro de ellos. Estas modalidades de negociación son denominadas (MEC) mercados electrónicos cerrados.

Ahora bien, si analizamos el tema concretamente en Colombia podríamos señalar que en Colombia la definición que se ajusta a este extremo de la relación contractual es la definición que nos ofrece el lit. B del artículo 1 del Decreto 3466 de 1982 de proveedor o expendedor que señala textualmente:

Proveedor o expendedor: Toda persona, natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general , o a una parte del él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público.

Es aquí en donde podemos evidenciar que el proveedor o expendedor también puede ser una persona natural o jurídica, al igual que los consumidores, que este proveedor puede poner a disposición del consumidor bienes o servicios que pueden ser producidos por él o por un tercero y que estos deben buscar la satisfacción del público.

Por lo anterior concierne hacer el análisis por medio del cual podemos inferir que las actividades negócias en un contrato de compraventa electrónico (B2C) en Colombia se pueden desarrollar entre una diversidad de extremos, es decir, tanto personas naturales o jurídicas pueden ser cualquier extremo de las relaciones comerciales en Colombia.

Para establecer un referente teórico acerca de los extremos contractuales que intervienen en los negocios jurídicos electrónicos por ejemplo en las compraventas realizadas online podemos encontrarnos con que los dos extremos de la relación contractual sean empresarios, por lo que si la relación jurídica se está realizando entre ellos entonces estaremos frente a un contrato (B2B).

Estos empresarios se entienden que son comerciantes profesionales por determinarlo de alguna forma en su actividad es decir son personas dedicadas al comercio que tienen un completo conocimiento de las características del producto o servicio, además manejan un importante conocimiento del mercado entre otro por ello es que estos negocios entre ellos se manejan de diferente forma en entornos mercantiles cerrados.

Pero esta dinámica comercial no siempre ocurre entre empresarios pues la versatilidad de los medios electrónicos ha permitido que las personas del común también puedan acceder a este mercado por medio de las herramientas informáticas y por ello también se dan los negocio B2C.

4.3.2 COMERCIO ELECTRÓNICO B2C

En realidad, este evento se da cuando uno de los extremos contractuales es un empresario o proveedor y el otro extremo es un consumidor. Estos contratos se dan comúnmente cuando un proveedor o empresario por medios electrónicos como, por ejemplo:

Una tienda electrónica decide poner a disposición del público un bien un servicio ofertándolo para que el público tenga conocimiento de este producto y así decida contratar con él para adquirir este producto o servicio. Ahora bien, si alguna de las etapas del contrato se tramita por el medio electrónico ya sea la etapa de oferta, aceptación o pago entonces estaremos ante un contrato B2C.

Justamente es aquí en donde empieza a ajustarse algunas de las definiciones dadas ya dentro del contexto nacional pues para que una empresa pueda operar en el territorio nacional debe estar constituida como una empresa dentro del territorio nacional como la ley comercial lo indica, y esta asu vez debe estar representada legalmente a través de la figura de representante legal, estas empresas en muchas ocasiones prestan servicios públicos por lo que los extremos contractuales si el consumidor es una persona natural estaremos en virtud de un negocio B2C

Teóricamente según el Diccionario de la Real Academia Española, "consumir", en la aceptación que nos interesa, significa: destruir, extinguir; gastar comestibles u otros géneros y consumidor es la persona natural o jurídica que contrata la adquisición o disfrute de un bien o la prestación de un servicio para la satisfacción de una necesidad que debe ser personal.

Con la satisfacción de esa necesidad, el bien o el servicio desaparecen, se extinguen en el patrimonio del adquirente o usuario, sin perjuicio de la facultad de disposición del mismo.

En Colombia, el Decreto 3466 de 1982 en el artículo 1: se define por consumidor como “Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”.DECRETO 3466 DE 1982(Diciembre 2) Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 863 de 1988, 1490 de 1993, 1485 de 1996 y 147 de 1999 “Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones.”)

Frente a este concepto que nos trae el decreto en mención podemos inferir que en primer lugar consumidor en Colombia puede tratarse tanto de una persona jurídica como una persona natural que por medio de un vínculo contractual disfrute de un bien o un servicio con una finalidad de satisfacción propia o ajena.

Así mismo, la Superintendencia de industria y Comercio (SIC) amplía y aclara el concepto de Consumidor por medio de concepto número 96027242 de septiembre 2 de 1996, en el cual señala:

Cabe resaltar la falta de precisión de la definición de consumidores en la disposición transcrita, la cual no se delimita nítidamente de otras definiciones, habida cuenta de la vaguedad de sus términos y por ello debe interpretarse armónicamente con las definiciones de productor y proveedor.

De tal manera que la calidad de consumidor debe ser analizada o apreciada en las relaciones concretas de quien adquiere el bien o presta el servicio, con independencia de la calidad de quienes intervienen en la operación que dio lugar a la relación de consumo.

En este concepto establecido por la (SIC) lo que en realidad se busca es darle una delimitación al concepto de consumidor que trae el artículo primero del decreto 3466 de 1982, pues la Superintendencia considera que es demasiado amplio este concepto, por lo que cree que es necesario interpretar este concepto en conexidad a las definiciones de productor y de proveedor y además examinar el fin último del consumidor.

Estableciendo que el vínculo por medio del cual se adquiere no es lo trascendental si no el fin último del producto, es decir que para que se desarrolle el concepto de consumidor se deberá ver que es lo que en ultimas va a suceder con el producto que se adquirió, para que se va a usar es decir que el uso final del producto es lo que determina si se trata de un consumidor o si es un proveedor, o si es un productor por ello y con el fin de dar claridad al asunto la superintendencia de industria y comercio en el concepto No 96027242 de 1996 elaboro un practico ejemplo:

Si una persona o fabricante de papel suministra el producto a una empresa editorial, entre las dos no se establece una relación de consumo a la luz del Decreto 3466 de 1982, puesto que la segunda incorpora el papel comprado en su proceso productivo y con posterioridad lo coloca nuevamente en el mercado; pero si la empresa editorial suministra impresos a una papelería y ésta no los utiliza para la satisfacción de una necesidad personal sino para colocarlos nuevamente en el mercado, tendrá

entonces respecto de esa operación, la calidad de "proveedor", según la definición que trae la norma. Al contrario, la dotación de uniformes o ropa que con el propósito de cumplir con las obligaciones laborales que adquiriera la empresa editorial con una textilera o un intermediario, será una relación de consumo, teniendo la primera la calidad de consumidor respecto de la segunda a la luz del Decreto 3466 citado.

Por otra parte, señala la Corte Suprema de Justicia (2005) señala que:

(...) siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto-persona natural o jurídica – persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial- en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social-, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo.

Por último, la (SIC) en concepto N°05063562 de 2006 de la Superintendencia de Industria y comercio señala que

(...) debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida por el adquirente o usuario, de manera que no puede ser considerado consumidor quien adquiere el bien para incorporarlo a un proceso productivo, para transformarlo e introducirlo posteriormente en el mercado, para introducirlo nuevamente en el mercado sin transformarlo o incorporarlo a un proceso productivo, o no se sirve del mismo para

satisfacer una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial que no esté intrínsecamente ligada a su actividad económica propiamente dicha.

Ahora bien, en el artículo 1 de la ley 26 de 1984 de la legislación Española encontramos que:

Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

Es aquí en donde las similitudes entre las dos legislaciones aparecen, pues por un lado en nuestra legislación los sujetos activos de la relación contractual pueden ser tanto personas naturales como jurídicas, además, ambas legislaciones hacen hincapié en que los consumidores tienen como finalidad disfrutar, utilizar y aprovechar el bien.

Aunque en mi concepto la definición dada por la legislación española es un poco más completa en cuanto hace una distinción de los bienes y además señala en su definición que no importa la naturaleza de quien lo produce, si es público o privado, individual o colectiva lo que lleva a mayor seguridad jurídica tanto de quien puede ser productor y por supuesto con quien puede contratar el comprador.

Y es aquí donde encontramos nuevamente un aspecto muy importante que se tornara importante en el desarrollo de este escrito y es la calidad de consumidor frente a las plataformas digitales que prestan servicios públicos, pues de allí también se

establecerá la competencia de las superintendencias de acuerdo a la calidad de los extremos contractuales y del servicio prestado por la plataforma en concreto.

Una vez la superintendencia de industria y comercio es clara al establecernos quien es consumidor a la luz de la legislación colombiana es de vital importancia determinar quién es el empresario en la relación comercial.

Frente a este aspecto de empresario en Colombia la definición que se ajusta este extremo de la relación contractual es la definición que nos ofrece el artículo 1 lit. B. del Decreto 3466 de 1982 de proveedor o expendedor que señala:

Proveedor o expendedor: Toda persona, natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte del él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público.

Es aquí en donde nuevamente podemos evidenciar que el proveedor o expendedor también puede ser una persona natural o jurídica al igual que los consumidores, que este proveedor puede poner a disposición del consumidor bienes o servicios que pueden ser producidos por el o por un tercero y que estos deben buscar la satisfacción del o publico es aquí en donde concierne hacer el análisis por medio del cual podemos inferir que las actividades negócias en contrato de compraventa electrónicos (B2C) en Colombia se pueden desarrollar entre una diversidad de extremos es decir tanto personas naturales o jurídicas pueden ser cualquier extremo de las relaciones comerciales en Colombia.

Es clave entender que dentro del concepto propio de consumidor asumido dentro de la legislación nacional, dentro del tratamiento propio de los negocios entre particulares, el estado entendió que dichas relaciones debían ser reguladas de alguna manera por parte del estado razón por la cual se atribuyeron competencias a las superintendencias en el marco de la búsqueda de un equilibrio entre la posición dominante de los empresarios y de los consumidores y en virtud de ello se desarrolló un control, dándole a las superintendencias facultades jurisdiccionales, y de imponer sanciones a quienes por alguna circunstancia atente contra los deberes propios de los comerciantes.

Dicha atribución llevo a dar como resultado un desarrollo especial en los procesos sobre los cuales las superintendencias tienen competencia envistiéndolos de celeridad, llevándose mediante los procesos Verbales Sumarios.

De esta manera se encuentra que se empieza a desarrollar una evolución referente a el desarrollo de las relaciones privadas de consumo, llevando a tener un resultado de relaciones de comercio mayor mente definidas para poder fijar justamente la competencia de las Superintendencias frente a ese control, teniendo como resultado plausible una nueva definición de consumidor que se da vía jurisprudencial así :

Como lo ha manifestado en múltiples fallos y decisiones, en virtud a lo establecido en el literal a) del numeral 1 del artículo 24 del Código General del Proceso, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente, frente a la resolución de litigios que versen sobre la violación de los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011).

En virtud de lo anterior es de vital importancia que las superintendencias en medio de su competencia tengan definidos los asuntos en ejercicio de funciones jurisdiccionales, efectivamente correspondan a una acción de protección al consumidor, lo que implica, de suyo, que el demandante ostente la calidad de consumidor final. En ese orden de ideas, si el demandante no tiene la calidad de consumidor final en los términos del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011.

Sobre el particular, es pertinente señalar que el numeral 3º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, define como consumidor a “toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”, de acuerdo a lo anterior, la demanda de protección al consumidor es aquella que instaura la persona que usa o disfruta el producto o servicio directamente para satisfacer una necesidad, propia, privada, familiar o doméstica, e incluso empresarial, siempre y cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.

Así lo ha considerado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo de 2005, en la que afirmó que: “(...) siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto - persona natural o jurídica - persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial - en tanto no esté

ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social -, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo.(..)”

De igual manera la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en Sentencia del 15 de abril de 2015⁴ en un caso donde el demandante promovió la acción de protección al consumidor prevista en el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011 para que se condenara al demandado a la devolución de las sumas de dinero pagadas por un vehículo automotor destinado al transporte de mercancías, señaló sobre el particular lo siguiente: “En el caso bajo estudio está demostrado (...) que el vehículo (...) cuya garantía pretende hacer efectiva, en la actualidad y desde su adquisición, está destinado al transporte público de mercancías o ‘transporte de carga’, acto que por su naturaleza misma es de estirpe mercantil (...) En ese orden, resulta claro para la Sala que el demandante desarrolla más de una actividad económica y que el automotor adquirido está directamente ligado a una de ellas, a saber la relativa al transporte de mercancías, situación que desdibuja la calidad de consumidor que invoca e impide dirimir la controversia bajo el amparo del Estatuto de Consumidor” . nótese como la jurisprudencia en mi sentir erróneamente ha realizado una discriminación frente a la calidad de consumidor en si mismo tratando sobre la transformación de los productos hechos que además de ser lesivos en virtud de la libertad del consumidor de disponer de lo que adquiere es también extensiva para las personas que son consumidoras de servicios públicos o piensan usar bienes destinados a prestar un servicio publico detalle que deja mucho que pensar en la legislación nacional que desde ya se advierte tiene muchos vacíos legales en este sentido.

4.3.4 COMERCIO ELECTRONICO C2C

Los negocios C2C obedecen a la dinámica comercial electrónica abierta por medio de la cual las personas naturales compran, venden productos o servicios sin restricción del sujeto que puede llegar a ofertar o comprar esta particularidad hace que los consumidores sean un grupo más abierto de personas y que la red por medio de la cual se mueven sea una red abierta pues la herramienta del internet es el portal que les permite desenvolverse.

Los negocios consumer to consumers se configuran en el momento en que los dos extremos contractuales son consumidores es decir son personas del común que compran productos o servicios pero que a pesar de que en ocasiones venden productos no se configuran como empresarios o proveedores pues no les asiste la característica de la profesionalidad en este ejercicio comercial si no que en ocasiones deciden vender productos o servicios.

5. PROTECCION A LOS CONSUMIDORES EN NEGOCIOS B2C Y C2C

OBLIGACIONES CONTRACTUALES:

Las obligaciones contractuales que se derivan de los contratos desarrollados en el ciberespacio páginas web tienen una característica especial y es que la misma se desprende de los contratos (términos y condiciones) que se desprenden tanto de la plataforma que presta los servicios como de las reglas sumidas en el código de Comercio Colombiano, Así las cosas podríamos señalar que la regulación propiamente dicha se da en contratos privados entre la plataforma y los particulares

o comerciantes, de esta manera en principio seria el derecho privado el que desarrolla esta actividad.

CAPITULO 2

6. SERVICIOS PÚBLICOS:

Basta para entender cualquier concepto en la actualidad estudiar un poco acerca de su historia, que en el marco nacional se ha visto reflejado este concepto de servicios públicos encasillado en las políticas internacionales de las diferentes épocas de la historia como una prestación del estado para garantizar el bienestar de sus asociados, que concretamente encontró un desarrollo en la época colonial en nuestro país pero que tuvo un impulso con la construcción de sistemas de alcantarillado y de redes de acueducto en los años de 1886 en la capital y 1905 en Cartagena de indias, este desarrollo no buscaba en ese entonces otro motivo que el impulso de la economía nacional y el desarrollo de la nación, la inversión de dichos sistemas incluyendo el sistema férreo y de transporte siempre se vio en el marco de la inversión extranjera, por la falta de recursos en la que se veía envuelta la nación, de esta manera la conceptualización de las primeras definiciones de servicios públicos se dieron así:

HAURIUO; *“Un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública,”*Hauriou, Maurice, Précis de Droit Administratif, París, 1919, 9ª ed., p. 44

BIELSA *“toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada*

esa acción o prestación por el poder de policía” Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 479

CORAIL *“Una empresa creada por las autoridades públicas y dotada de medios exorbitantes al derecho común, en vista de dar satisfacción a una necesidad de interés nacional.”* Corail, Jean Louis de, La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français, París, 1954, p. 1 y ss., 21 y ss.

Nótese que de allí se desprenden varios de los conceptos que a través de la legislación nacional han tenido una relevancia importante y serán tocados mas adelante como es el caso de la tecnicidad, de la regularidad y la calidad.

Ahora Es indispensable para el estudio que nos corresponde realizar indagar acerca de la naturaleza jurídica, legal y conceptos jurisprudenciales que definen los servicios públicos en Colombia que se empieza a desarrollar con una gran notoriedad a mediados de la década de los 50ts en La legislación colombiana a través del Decreto 753 de 1956, la cual considera como servicio público: ³“toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”

En esta misma norma se realizó una lista taxativa de que se entendía como servicios públicos así:

Para este efecto se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de

³ Decreto 753 de 1956. Por el cual se sustituye el artículo 430 del CST. Artículo 1

² Constitución Política de Colombia. Artículo 365.

acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.

Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

- a) Las que se presten en cualquiera de las Ramas del Poder Público;
- b) Las de empresas de transportes por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones;
- c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;
- d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia;
- e) Las de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados;
- f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones;
- g) La de explotación, elaboración y distribución de sal;
- h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleos y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del Gobierno;
- i) Cualesquiera otras que a juicio del Gobierno interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social del pueblo. El Gobierno decidirá acerca de la calidad de servicio público de las actividades de que trata este ordinal, previo concepto que solicite al Consejo de Estado".

Nótese como en la norma citada se discrimina con cierta claridad que actividades propiamente se describen como Servicios Públicos, actividades que al día de hoy se han visto prestando como tal, pero que a la virtud de la llegada de la masividad de las telecomunicaciones la prestación de las mismas se apalanca en ella para masificar la prestación de un servicio, así se puede ejemplificar lo dispuesto en el literal B de la norma citada así: una empresa decide montar en la red una aplicación digital en la cual carros de transporte privado, lleven pasajeros de un punto a otro a cambio de una tarifa, teniendo por pago de dicha prestación de la aplicación una remuneración porcentual de quien contrata el servicio.

O una empresa decide crear una aplicación para la prestación de servicios de aprendizaje de idiomas u otros, a cambio de una remuneración son estas actividades en sí mismas, actividades enmarcadas en la norma citada que no por su naturaleza en sí misma, si no por el medio en el cual se ofrecen y se contratan como se explicó en el primer acápite, ¿lo que impide que sean reguladas? Y es allí donde se da la controversia, pues en mi concepto la plataforma más que ser un medio es en realidad la prestadora del servicio o proveedora de un bien según sea el caso, así las cosas, tendríamos un primer elemento y es la naturaleza de la aplicación, ¿a qué se dedica? ¿Cuál es el fin para la cual se creó?, Y en un segundo caso que la actividad propiamente dicha este encasillada en alguna de las actividades aquí indicadas.

Y es justo aquí donde la óptica de este escrito se da desde el derecho público pues desde su Genesis el servicio público se consideró actividad estatal de interés general, bajo el entendido de que es el Estado a través de la rama ejecutiva quién debe prestar los servicios públicos lo que dio origen a la teoría clásica del servicio público, tesis que

rechaza el estado moderno que prioriza el bienestar social y la realización de los fines estatales a través de las tres ramas del poder público o de los particulares, tanto así que previo concepto del Consejo de Estado se decidirá sobre la calidad en la que se prestan.

Ahora bien, ningún análisis Jurídico sería coherente si no se acude a la constitución política para realizar una conjunción normativa que nos permita dinamizar los conceptos en los términos que se desenvuelven, así las cosas, La Constitución Política de Colombia expresa: *“los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fijé la ley podrán ser prestados por el estado directa o indirectamente por comunidades organizadas, o por particulares”*. Constitución Política de la República de Colombia ART 365 <Esta versión corresponde a la segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Nótese allí que la norma expresamente nos permite que las actividades relacionadas con servicios públicos sea prestadas por particulares, hecho que se ve reflejado todos los días dentro de la dinámica comercial nacional, en el entendido que el desprendimiento del deber propio de la prestación de los servicios públicos en el país dinamizo la economía en virtud de la competencia a fin de lograr una mejor calidad en la prestación del servicio los estándares de calidad se han elevado a través de los años.

Justamente el desarrollo de la actividad administrativa de prestación de servicio público obedece a la evolución del Estado, lo cual va determinando etapas hasta llegar al Estado social de Derecho cómo lo establece la Constitución Política de 1991 que en el artículo primero proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, y justamente En la asamblea Constituyente nacional se dijo: *“la finalidad social deberá ser permanente anticipatoria y prioritaria y no como hasta el momento, esporádica reactiva y discrecional”*. De esta manera La Constitución desarrolla el fin del estado y de la prestación de los servicios públicos en los artículos 365 al 370, expresamente el artículo 365 que reza lo siguiente: *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad del estado es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”*

Ahora bien dichos conceptos constitucionales y legales que se han citado anteriormente tienen un desarrollo constitucional en virtud de la regulación de las actividades propiamente dichas así se puede estudiar en el marco jurisprudencial de las sentencias C- 517 de 1992 y la sentencia C-263 de 1996, que establecen la regulación de las actividades que constituyen servicios públicos, que le compete a la ley:

“A la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y

fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente”.

Ahora bien, el carácter de esencial del servicio público, lo definió la Corte Constitucional en la C-450 de 1995 así:

4“El carácter esencial de un servicio público se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad”.

De esta manera se amplió el concepto de servicio público y se habla ya de servicios públicos Esenciales:

- La Banca Central (Ley 31/92).
- La Seguridad social relacionada con salud y pago de pensiones (Ley 100/93),
- Los Servicios públicos domiciliarios (Ley 142/94),
- La Administración de justicia (Ley 270/96),
- El Servicio que presta el Instituto Nacional Penitenciario, INPEC (Dec. 407/94),
- La Prevención y control de incendio (Ley 322/96),

⁴ C 450 de 1995. MP Antonio Barrera Carbonell. Declarar EXEQUIBLES los apartes demandados de los literales b) y h) del art. 430 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto 753 de 1956.

- Las Actividades de la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales, DIAN (Ley 633/00),
- La Explotación del Petróleo y Educación (desarrollo Jurisprudencial)
- prestación del transporte público aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre y su operación en el territorio nacional, de conformidad con la Ley 105 de 1993, y con las normas que la modifiquen o sustituyan. (Ley 336 de 1996).

Y es aquí donde se puede observar que en casi cincuenta años los conceptos de servicios públicos se han hecho extensivos a otras actividades, que estas actividades cada vez más se van ajustando a los conceptos y disposiciones constitucionales que en virtud de la búsqueda de la materialización de los derechos fundamentales han ido creciendo, y que su prestación sigue tanto en cabeza del estado como en cabeza de particulares, de esta manera dicha prestación está ligada a una regulación que justamente garantice el goce en óptimas condiciones de los asociados siendo menester indicar que la jurisprudencia ha ido expresándose en dicho sentido como se puede observar en la ⁵ Sentencia T- 540 de 1992, señalando que dicha relación es:

“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. No es entonces exótico que la relación jurídica entre usuario y empresa de servicios públicos sea simultáneamente estatutaria y contractual. En materia de servicios públicos domiciliarios, por el contrario, esta es la regla general, debido a que su prestación involucra derechos

⁵ T- 540 de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

constitucionales - salud, educación, seguridad social, etc. - y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado.

Nótese allí como se indica que la relación en la prestación de servicios públicos es una relación contractual, estatutaria, que debe ser prestada en los términos pactados contractualmente , razón por la cual la intervención del estado no se podría dar en términos de vigilancia por ese efecto contractual, exceptuando en mi concepto los servicios públicos esenciales, que por su naturaleza su mala prestación afecta derechos fundamentales, y es allí donde dogmáticamente encuentro errado el concepto, pues en su momento la prestación de dichos servicios públicos contractuales obedecían a una prestación "tradicional" es decir con contacto directo entre el prestador y quien decide contratar, pero hoy en día la naturaleza de esa prestación cambio al punto de que actividades relacionadas con servicios públicos se materializa a través de la red mediante un contrato (aceptación de términos), digitales, y el servicio prestado, por ejemplo un servicio de transporte.

De esta manera es de vital importancia analizar la diferencia entre el concepto de servicio público en general, entiéndase servicios públicos y servicios públicos esenciales en relación con los servicios públicos domiciliarios.

6.1 SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS:

Ya establecidos los criterios de los servicios públicos restaría realizar un estudio en virtud de la ley por ello es menester señalar que Los servicios públicos domiciliarios, se encuentran regulados en el artículo 14 de la ley 142 de 1994 así:

“Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural⁶, y distribución de gas combustible.”

Clasificación que en virtud de T- 578 de 2012 se señaló que “a partir del 30 de julio de 2009, fecha de promulgación de la nombrada Ley, los servicios de telecomunicaciones, de telefonía pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia, no se considerarán más como servicios públicos domiciliarios.. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Esta clasificación que realiza la norma que no es a capricho se da en virtud de que su esencialidad es casi son vitales para el desarrollo social y que su directa prestación se da en un domicilio, norma que a mi juicio está de igual manera desactualizada pues en la sociedad de hoy el internet debe entrar a constituirse como un servicio público domiciliario, en el caso de los servicios garantizados en un domicilio a través de servicios de fibra óptica; clasificación que de seguro se irá ampliando a través de los años.

Es importante entender que vía jurisprudencial se entendió el servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquél, dejando en manos de la ley las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad y financiación, en virtud de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, en busca de asegurar la igualdad y el marco jurídico-político democrático, participativo y justo.

Como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia ⁸T-578 del 3 de noviembre de 1992, se definen los servicios públicos domiciliarios como:

“Aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”.

Y es este argumento el que genera un punto a favor del internet como servicio público Domiciliario pues su distribución prestación y demás, obedece al movimiento de una infraestructura, humana, el aprovisionamiento de redes físicas y demás para garantizar su servicio, y que como tal se está viviendo hoy ya es esencial para el desarrollo de la educación, del trabajo, hasta de relaciones interpersonales, razones por la cuales debería estar en la categoría de servicio público domiciliario.

La misma sentencia, relaciona las características de los servicios públicos domiciliarios así:

- a) *El servicio público domiciliario, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.*
- b) *El servicio público domiciliario tiene un "punto terminal" que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios.*
- c) *El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas. ”*

De igual manera la Sentencia ⁷C-066 de 1997, establece el alcance de los mismos así:

“Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.” C-066 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

Por ultimo respecto a la prestación del servicio por citar alguna de las sentencias en esta materia la Corte Constitucional en Sentencia C-741-03 reiteró que en materia de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (Art. 58 CP) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (Art. 333 CP). En consecuencia, su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el presidente, sino también a las directrices que les señalen las comisiones de regulación. (Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

REPUBLICA DE COLOMBIA. (s/f). Gov.co. Recuperado el 20 de septiembre de 2022).

6.2 INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

De acuerdo a la naturaleza propia de los servicios públicos domiciliarios que ya ha sido estudiada la misma se encuentra enmarcada en el artículo 75 de la ley 142 de 1994, establece que:

“El Presidente de la República ejerce el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan los servicios públicos domiciliarios, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en especial, el Superintendente y sus delegados” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta en descongestión de la Sección Primera.

Sentencia de 12 de julio de 2018. Radicación: 05001-23-31-000-2007-00497-02.

M.P.: Alberto Yepes Barreiro. Demandante: Empresas Varias de Medellín E.S.P.

Demandado: SSPD.

Respecto de la delegación de funciones por parte del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, el Consejo de Estado, en sentencia número 2179239 del 13 de mayo del 2021, reiterando jurisprudencia del 18 de julio de 2018⁸, se pronunció en los siguientes términos:

“Para el efecto, el articulado superior -artículo 189- precisa que corresponde al presidente de la República, entre otras funciones, el ejercicio de la inspección,

vigilancia y control de los servicios públicos. Así las cosas, las funciones descritas, aun cuando atribuidas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, le corresponden constitucionalmente al presidente de la República.

“ Consejo de Estado, en sentencia número 2179239 del 13 de mayo del 2021

La norma en cita, además de ajustarse al mandato constitucional del artículo 189 superior, aclaró que las funciones que originalmente corresponden al presidente de la República se ejercerán por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, delegación que se concreta en el Superintendente y sus delegados.

6.3 SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

A la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad de creación constitucional, se le encomendó el ejercicio de las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios. El ámbito de competencia, se encuentra establecido en la Sentencia C-263 de 1996:

“El legislador puede determinar cuál es el ámbito de competencia de la Superintendencia al ejercer funciones del Estado, obviamente con fundamento en criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Ello es así, si se considera que el inciso 2 del art. 365, aun cuando admite la prestación del servicio por particulares, perentoriamente dispone que "en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios", y que el art. 365 defiere a la ley el señalamiento del régimen de protección de los derechos de los usuarios. “De otra parte, ya recientemente el Decreto 1369 del

2020 Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, establece lo siguiente:

"Naturaleza Jurídica: La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es una Entidad descentralizada de carácter técnico, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial.

Objeto: La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desempeñará las funciones específicas de inspección, vigilancia y control de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios y las demás actividades que las hagan sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994 y demás que las adicionen, modifiquen o sustituyan. " Decreto 1369 del 2020 Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

6.4 FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cumplirán las funciones asignadas en los artículos 79 y 80 de la Ley 142 de 1994, se relacionan algunas de éstas:

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.
2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido

desarrollan los "comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios"; y sancionar sus violaciones.

3. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos, y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados.
4. Definir por vía general las tarifas de las contribuciones a las que se refiere el artículo 85 de esta Ley; liquidar y cobrar a cada contribuyente lo que le corresponda.
5. Dar concepto a las comisiones y ministerios sobre las medidas que se estudien en relación con los servicios públicos.
6. Vigilar que los subsidios presupuestales que la Nación, los departamentos y los municipios destinan a las personas de menores ingresos, se utilicen en la forma prevista en las normas pertinentes.

CAPITULO 3

7. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO GARANTE DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS:

Estudiados los conceptos referentes a servicio público domiciliario y servicio Público en general nos atañe hacer una breve referencia a la acción de tutela como garante de

derechos fundamentales, con respecto a la mala prestación o no prestación de un servicio público, en virtud de su naturaleza.

Frente a ello es de vital importancia expresar que ello dependerá del servicio sobre el cual se tenga la falla o la ausencia de la prestación y si este está o no ligado a la vulneración directa de un derecho fundamental, por ejemplo, la dignidad, la vida, el mínimo vital, la libertad etc.

“araújo-juárez: Manual de Derecho de los servicios públicos. vedell Hermanos Editores.

Caracas, Venezuela, 2003, pp. 137-159. Para este autor, existen principios

fundamentales comunes a todos los servicios públicos, tales como: principio de igualdad, principio de continuidad, principio de mutabilidad, principio de neutralidad, principio de imparcialidad, principio de transparencia y principio de participación”

tomado de página

web.”//efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/837bf56f-30fe-470e-ace2-650838fa750c/content.” hora 08:00 am 10 sep. de 2021.

Nótese como la doctrina después de estudiar la discriminación propia de cada actividad define que los servicios públicos estas ligados a intervenir posiblemente en garantizar o vulnerar un derecho fundamental, pues es caso de la naturaleza propia del servicio se podrá determinar si se habilita el camino de la acción de tutela en búsqueda del amparo, aplicando las disposiciones propias del decreto 2591 de 1991 y decreto 333 de 2021.

7.1 NATURALEZA DEL DERECHO AL SERVICIO PUBLICO:

Dentro de la naturaleza del derecho al servicio público encontramos que ya clara la distinción podríamos relacionarla de la siguiente manera a través de la siguiente tabla:

SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES (S.P.E)

Nº	S.P.E DOMICILIARIOS (ART. 370 CONSTITUCION POLITICA, LEY 142/1994)	S.P.E NO DOMICILIARIOS
1	Acueducto	Transporte público aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre y su operación en el territorio nacional, (Ley 105/1993) y con las normas que la modifiquen o sustituyan (Ley 336/1996)
2	Alcantarillado	• el Servicio que presta el Instituto Nacional Penitenciario (Ley 270/96) • INPEC; instituto nacional penitenciario y carcelario (decreto 407/1994)
3	Aseo	la Banca Central (Ley 31/1992)

4	Energía eléctrica	la Seguridad social relacionada con salud y pago de pensiones (Ley 100/1993)
5	Distribución de gas combustible	la Prevención y control de incendio (Ley 322/1996)
6	Telefonía pública básica conmutada	la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales 'Dian' (Ley 633/2000),
7	Telefonía móvil en el sector rural	Telefonía móvil celular
8		Sistemas de comunicación personal
9		Internet
10		Trunking (sistema de radio comunicaciones)
11		Educación
12		Derivados de petróleo (sentencia C – 796 del 2017)

En virtud de la anterior tabla podríamos señalar que la naturaleza del derecho al servicio público se puede ver enfocado en tres categorías las cuales se explicara a continuación

- **Categoría social**
- **Categoría fundamental**
- **Categoría de colectivos**

Ahora bien con respecto a la categoría social es indispensable entender que tanto los servicios públicos, como los servicios públicos domiciliarios, son prestados a la comunidad y las empresas prestadoras deben perseguir un carácter social en la prestación, dicho carácter social no es otro que la búsqueda de la prestación hasta para las personas mas vulnerables en el sentido de la necesidad de los mismos, de allí que se generen políticas de subsidio por parte del estado para poder cobijar a los más necesitados.

De la tabla relacionada podríamos decir en principio que todas las categorías deberían estar grabadas con esta categoría social pues todos están dentro de la categoría de esencialidad, lo que per se desenvuelve un carácter de desarrollo social económico educativo de la sociedad, cuya necesidad de prestación compromete directamente al estado en garantizar y vigilar su prestación optima tal y como se señaló en el deber de subsidiar dichos servicios, como ocurre con el servicio de energía eléctrica, gas domiciliario, servicios educativos y demás, pues es esta justamente la naturaleza de los servicios públicos, crear desarrollo en la sociedad creando las condiciones óptimas para que sus asociados puedan desarrollarse como personas y generen riqueza.

Bajo esta conceptualización podríamos manifestar que la siguiente categoría pertenece propiamente a **lo fundamental** y es allí donde toda la distinción dada en el modelo anterior varia en el sentido que no todos los servicios públicos son fundamentales ya que para que tenga el carácter de fundamental la incorrecta o ausente prestación del servicio debe vulnerar un derecho fundamental, así las cosas por ejemplo la no prestación de la telefonía Básica Conmutada no configuraría un perjuicio que atente

contra un derecho fundamental de las personas distinto, a que se le preste el servicio de acueducto o alcantarillado, que son esenciales para desarrollar en condiciones dignas la vida de los asociados.

A lo largo de la historia constitucional del país y con la inclusión de tratados internacionales en la legislación nacional la conexidad de derechos de ordenes distintos a los fundamentales ha venido siendo amparada vía tutela, justamente porque algunos de ellos en los test de ponderación se ven menos cavados y finalmente deben ser protegidos, lo que me lleva a pensar que cada caso en concreto podría tener o no un amparo constitucional en virtud del servicio que se está prestando mal, o que su prestación es deficiente, si el sujeto afectado logra demostrar que hay un menoscabo de sus derechos fundamentales con dicha falencia.

Por último, encontramos la categoría de colectivos, que en conjunción con los anteriores pueden ser protegidos por las disposiciones normativas contempladas dentro de la ley 472 de 1998 la cual regula las acciones populares y de grupo, en una serie de derechos que ampara los cuales se denominan derechos de interés colectivo. Así las cosas, cabe mencionarlas a título ilustrativo así:

ARTICULO 4o. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;

- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

PARAGRAFO. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.” (**LEY 472 DE 1998** (agosto 5) Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998 Por la cual se desarrolla el artículo [88](#) de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.).

Nótese que en los literales G,H, J se da una connotación de protección especial a través de las acciones populares y de grupo en virtud de tratarse de derechos e intereses colectivos cuya prestación está dada en razón a su naturaleza de esencial a los prestadores de servicios públicos, justamente ese carácter de esencial es aquel que permite que se categoricen de esta manera y que no siendo excluyentes de la acción de tutela, por su carácter fundamental, también son objeto de protección por la vía de la acción popular y de grupo en virtud de su naturaleza **COLECTIVA**, que puede llevar a perjudicar un gran grupo de personas en caso de deficiencia del servicio o la ausencia de la prestación del mismo.

7.2REG TECH:

Como ya lo hemos analizado la banca se constituye como un servicio público por su naturaleza, desde su incorporación como un servicio público su masividad y crecimiento es exponencial, desde el punto de vista económico y administrativo, y es

justamente ese crecimiento exponencial el que ha empezado a generar inconvenientes desde el punto de vista administrativo, legal, y operativo, con la misma introducción de las plataformas digitales para satisfacer las necesidades de la población, por ello hoy en día se han creado empresas, que su finalidad es la búsqueda de la solución de esos problemas y sus servicios se denominan rectech.

El rectech se define como: “un término acuñado para clasificar a un **conjunto de compañías** que, apoyándose en nuevas tecnologías como el **cloud**, el **big data** o el **blockchain**, están creando soluciones para ayudar a las empresas de todos los sectores a **cumplir con los requerimientos regulatorios**. En el sector financiero, se consideran una **subárea** de lo que conocemos genéricamente como **fintech**”

- nótese como desde un mismo servicio público como es la banca su misma imposibilidad de prestar el servicio eficientemente o con el fin de minimizar costos para maximizar servicios acuden a otras plataformas o prestadores de servicios legales para poder cumplir su finalidad, atendiendo a la regulación y disposiciones propias de las dinámicas comerciales y empresariales y es importante tocar este tema de rectech en el marco de la necesidad de dinamizar las actividades de servicios públicos ligadas a través de otras plataformas que colaboran con la buena prestación del servicio generando resultados tangibles y mejorando los estándares de calidad de prestación de un servicio público, hecho que implica y da seguridad en el servicio prestado, dando resultados como por ejemplo: “**¿Cuáles son los primeros beneficios que vamos a ver como clientes de un banco gracias al 'regtech'?**”

Los beneficios directos van a estar relacionados principalmente con una mejor gestión de la identidad de los clientes y con un mejor control del fraude, fundamentalmente en lo que se refiere a medios de pago, lo que al final va a revertir en una **mayor seguridad en la operativa** del cliente final. Este beneficio también se extiende a otras áreas de la organización, permitiendo también un control del trabajo interno y reduciendo potenciales errores que lleven a un incumplimiento normativo que pueda dañar la protección del consumidor.

Pero también va a haber un beneficio más global, y es la mejor capacidad de supervisión que va a proporcionar el '*regtech*' a los reguladores.

Esto va a contribuir a la construcción de un **sistema financiero global más transparente** y controlado y va a dificultar, si no impedir, una nueva crisis financiera provocada por deficiencias en este terreno. " (tomado página web <https://www.bbva.com/es/10-claves-para-entender-que-es-el-regtech/12:18am> (01/02/2022.)).

Nótese como la banca en virtud de ser un servicio público evoluciona en la digitalidad para maximizar sus operaciones y garantizar una prestación óptima del servicio, dentro de la naturaleza propia de su actividad, hecho que debe ser llevado a los diferentes prestadores de servicios públicos que por la masificación de las actividades de dichos servicios empiezan a tener problemas en la prestación permitiendo que Plataformas digitales realicen la prestación de estos sin el lleno de los requisitos legales como es el caso de transporte, distribución de alimentos, e insumos etc.,

Lo neurálgico de la realidad nacional se da en la imposibilidad financiera en los diferentes sectores de competir con empresas que se han introducido a nivel nacional y los fallidos intentos de regular plataformas como Uber y otras, en materia societaria, o de industria y comercio frente a fenómenos de competencia desleal desde la óptica del servicio público que prestan, bajo las figuras contractuales que regulan la actividad en las que fueron creadas.

Si los diferentes prestadores de servicios públicos estuviesen obligados a usar tecnologías como regtech dentro de las naturalezas propias de sus asuntos de seguro la masificación de la demanda y el grado de confiabilidad y calidad de la prestación del servicio impediría de gran manera que la introducción de las plataformas digitales fuese un problema para los asociados que prestan dichos servicios.

Por último este argumento es una de las causas por las cuales se encasilla este escrito en la óptica del derecho administrativo pues es el estado de acuerdo a la normatividad estudiada quien tiene que garantizar la prestación de los servicios públicos y realizar el control de la prestación optima de los mismos como se ha venido reiterando, por ello es importante observar esta plataforma en virtud no solamente de la naturaleza de la actividad de la banca si no desde el punto de vista de la aplicación en diferentes sectores de prestación de servicios públicos, como el recaudo de fondos pensionales, como aplicaciones de aportes en línea y similares, como auxiliares de control de las garantías de las personas razón por la cual es importante verlo desde la óptica constitucional así:

7.3 REC TECH, DERECHOS CONEXOS EN JUEGO CON LAS PLATAFORMAS DIGITALES, DERECHOS INOMINADOS ART 94

CONSTITUCION POLITICA:

- Como ya pudimos observar la naturaleza propia del regtech no es otra que la asociación de servicios digitales que buscan la efectivización de la prestación de servicios que para el caso en concreto se da en los servicios públicos, estas empresa que colaboran en la efectividad en la prestación tienen un vínculo directo con la prestación propia del servicio público a tal punto que pueden llegar a tocar temas sensibles de los consumidores o de una comunidad en virtud de los derechos fundamentales, colectivos, y sociales, pero esta categorización o la posible vulneración no está hoy en día enmarcada en una casilla taxativa normativa por lo que en mi concepto se encuentra enmarcada en el artículo 94 de la Constitución Política así: "**ARTICULO 94.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. " Constitución Política de la República de Colombia <Esta versión corresponde a la segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Justamente a esto es lo que conocemos como derechos innominados que son derechos de índole fundamental que a pesar de no estar taxativamente dentro de la constitución gozan de protección constitucional de allí que, dentro de la actividad de las

plataformas digitales en cualquiera de sus naturalezas desde la óptica de prestación de servicios públicos esenciales, o no esenciales involucra per se la afectación de derechos fundamentales que a pesar de no estar nominados en la constitución se han visto afectados en los consumidores de la prestación del servicio público contratado a través de ellas, dichas afectaciones se han visto o hecho notorias en los tiempo mas recientes en virtud de la novedad digital de una prestación del servicio de una manera que era imposible pensar hace pocas décadas, y justamente dicha imposibilidad de pensar en estos nuevos métodos de prestación de servicios ha generado en primer lugar vacíos jurídicos que si o si deben ser tratados por la legislación nacional de manera urgente, y que además dichos vacíos se están convirtiendo en una ventana para que se trasgredan derechos fundamentales que no tienen por qué estar enmarcados taxativamente en la constitución nacional tal es el caso de aclarar que todos los derechos constitucionales tienen el carácter de fundamentales y justamente el nacimiento de las actividades de prestación de servicios públicos afectan en si mismos los derechos e intereses colectivos desde la óptica de la naturaleza de la prestación que en virtud de la conexidad afectan directamente a la intimidad, lo que implica la regulación de las actividades de prestación a través de leyes estatutarias, un claro ejemplo de estos derechos innominados se da en el contexto penal en el derecho de las victimas a la no repetición, o en el caso de los desplazados al cumplimiento de garantías de reubicación acceso, restitución de tierras y garantías de protección de no repetición o no permisión de los eventos sobre los cuales se genero el hecho lesivo, esta claro que para el contexto que nos ocupa que las plataformas digitales podrían con la no prestación del servicio por ejemplo de transporte o de entrega de suministros

llegar a afectar derechos fundamentales colectivos como es el caso del transporte, del manejo de información como el habeas data, protección de identidad, intimidad, y más allá de ellos en la conexidad de los prestadores de los servicios, los derechos laborales integrados a la prestación propia de un servicio que implica una actividad laboral, como la seguridad social entre otros, que requiere una regulación inmediata como se señaló a través de una ley estatutaria.

Dichos derechos derivados de los derechos de protección al consumidor, como son:

“Derechos

1. Derecho a obtener productos con calidad e idoneidad: Derecho a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad e idoneidad para satisfacer sus necesidades.
2. Derecho a ser informado: derecho a obtener información veraz, suficiente, precisa, oportuna e idónea respecto de los productos y/o servicios que se ofrezcan o se pongan en circulación, sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.
3. Derecho a reclamar: derecho a acudir directamente al productor, proveedor o prestador de un servicio y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como a obtener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito.
4. Derecho a obtener protección al firmar un contrato. Derecho a ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

5. Derecho de elección. Derecho a decidir libremente los bienes y servicios que requieran.
6. Derecho a la participación: proteger sus derechos e intereses organizándose, eligiendo a sus representantes, participando y buscando ser oídos por quienes cumplan funciones públicas en el estudio de las decisiones legales y administrativas que les conciernen, y obtener respuestas a sus observaciones.
7. Derecho de representación para reclamar: los consumidores y usuarios tienen derecho a que sus organizaciones y voceros autorizados por ellos los representen para obtener solución a sus reclamos y denuncias.
8. Derecho a informar: los consumidores, sus organizaciones y las autoridades públicas tendrán acceso a los medios masivos de comunicación, para informar, divulgar y educar sobre el ejercicio de los derechos de los consumidores.
9. Derecho a la educación: los ciudadanos tienen derecho a recibir información y capacitación sobre consumo, derechos de los consumidores, formas de hacer efectivos sus derechos y demás materias relacionadas.
10. Derecho a la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
11. Derecho a tener pronta respuesta en las actuaciones administrativas. Derecho a obtener protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces.”

[https://www.sic.gov.co/deberes-y-derechos-como-](https://www.sic.gov.co/deberes-y-derechos-como-consumidor#:~:text=Derecho%20a%20obtener%20protecci%C3%B3n%20al,bienes%20y%20servicios%20que%20requieran.)

[consumidor#:~:text=Derecho%20a%20obtener%20protecci%C3%B3n%20al,bienes%20y%20servicios%20que%20requieran.](https://www.sic.gov.co/deberes-y-derechos-como-consumidor#:~:text=Derecho%20a%20obtener%20protecci%C3%B3n%20al,bienes%20y%20servicios%20que%20requieran.)

Formulan una serie de derechos innominados que deben ser protegidos desde el punto de vista de que se generan a través de la actividad propia de la plataforma, a manera ilustrativa de la evolución y adaptación de la normatividad nacional a los fenómenos digitales se dio con la permisión o regulación del derecho de petición que hoy por hoy se puede materializar las disposiciones del artículo 23 de la Constitución Política de Colombia en la posibilidad de entrega y de contestación de los derechos de petición a través de email, o mensajes de datos cifrados, hecho que era impensable al momento en el que se redactó la norma.

Bajo estas circunstancias es inviable pensar que los derechos de los consumidores NO es un asunto de no derecho, por el contrario la conexidad frente a los derechos fundamentales son más que un argumento válido para la búsqueda de la regulación de la operación de las plataformas en el país, pues su masividad en la prestación y la posible no prestación, o prestación deficiente puede generar que la comunidad no pueda acceder a un servicio público lo que implica que colectivamente se afecten derechos fundamentales.

CAPITULO 4.

8. IMPOSIBILIDAD DEL ESTADO DE GENERAR POLÍTICAS REGULATORIAS A LAS PLATAFORMAS DIGITALES QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS:

Para abordar este tema es importante centrarnos en un caso en concreto que sirva como marco de referencia de los temas que a través de la evolución histórica de los servicios público en el país marca en mi concepto un despegue en la evolución normativa de los servicios públicos en el país que analógicamente debería ser regulado para plataformas digitales en virtud de las semejanzas o similitudes que abarca este caso y así ocurrió en el tema de la regulación del transporte de pasajeros como servicio público esencial y es justamente como se ha venido reiterando que con la expedición de la Constitución de 1991, que en nuestro país ha venido cambiando y transformándose el concepto de servicios públicos esenciales que deben ser provistos por parte del Estado hacia la población general, de tal suerte que dicho concepto se ha venido ampliando progresivamente, no solo limitándose a la prestación irrestricta de servicios tales como la energía eléctrica, el gas y el servicio de agua potable, necesarios para abastecer las necesidades más básicas de la vida de los seres humanos, como se explicó anteriormente en la dimensión fundamental, sino que dicho concepto de esencial se ha ampliado a otra gama de servicios que por las diferentes particularidades que se presentan en el desarrollo de las dinámicas sociales modernas permiten el desarrollo, la concreción y la satisfacción de otros derechos fundamentales, es así que el servicio público de transporte y en especial el servicio de transporte de

pasajeros con el transcurso de los años ha venido adquiriendo tal importancia que desde los albores de nuestra carta magna, el máximo tribunal en lo Constitucional en nuestro país lo elevó al rango de servicio público esencial por las implicaciones prácticas que conlleva su debida prestación en el pleno desarrollo de derechos fundamentales como la educación, la libre locomoción, el trabajo, etc, veamos pues como en la sentencia T- 604 de 1992, con ponencia del Magistrado Doctor **EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ**, se establecieron las circunstancias mediante las cuales la prestación del servicio de transporte público de pasajeros tiene relevancia constitucional en cuanto permite y facilita el desarrollo de los fines del Estado en tanto se hacen efectivos los derechos fundamentales del individuo veamos pues:

“2. Los transportes, y los avances tecnológicos que diariamente los transforman, han posibilitado el progreso social y el crecimiento económico. La organización del sistema de transporte condiciona gran parte del intercambio económico y social. La fuerza de estructuración económica que posee el transporte público permite, cuando se accede al servicio, participar de la prosperidad general. Su carencia, en cambio, compromete un estándar mínimo de la existencia.

La administración equilibrada y justa de la riqueza puede verse afectada por errores o falta de planeación del transporte público que, siendo un instrumento clave del desarrollo, tiene una incidencia directa sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales.

La trascendental importancia económica y social del transporte se refleja en el tratamiento de los servicios públicos hecha por el constituyente. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (CP art. 365) - uno de cuyos fines

esenciales es promover la prosperidad general (CP art. 2) -, factor que justifica la intervención del Estado en la actividad transportadora con miras a "racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo ..." (CP art. 334).

Mas adelante en la misma providencia la Corte Constitucional refiere lo siguiente frente al transporte público de pasajeros y su relación con los derechos fundamentales:

“A nivel del individuo, el transporte es un instrumento de efectividad de los derechos fundamentales. La íntima conexidad entre el derecho al servicio público del transporte con los derechos al trabajo (CP art. 25) a la enseñanza (CP art. 27), a la libre circulación (CP art. 24) y, en general, al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), hace predicable a éstos últimos la protección constitucional del artículo 86 de la Constitución cuando su desconocimiento se traduce en una inmediata vulneración o amenaza de los mencionados derechos”

Es así que, en el referido fallo de tutela, la Corte Constitucional establece como el transporte público de pasajeros sirve de herramienta no solo para lograr la efectividad de derecho a la libre locomoción sino en igual medida permite la realización de otros derechos tales como el derecho al trabajo, la enseñanza, el libre desarrollo de la personalidad entre otros. Razón por la cual el legislador del momento, mediante la libertad de configuración legislativa por medio de la ley 336 de 1997 consagró al servicio público de transporte como un servicio público esencial:

*“Ley 336 de 1997 Artículo 5: El carácter de **servicio público esencial** bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el Reglamento para cada Modo.
(negrillas propias)*

El servicio privado de transporte es aquel que tiende a satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas. En tal caso sus equipos propios deberán cumplir con la normatividad establecida por el Ministerio de Transporte. Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto.

*Ley 336 de 1997 Artículo 56: El Modo de Transporte Terrestre Automotor, además de ser un **servicio público esencial**, se regirá, por normas de esta Ley y por las especiales sobre la materia. (Negrillas propias) ...”*

Observamos pues como desde el propio legislativo y con posterioridad a la expedición de la constitución de 1991, se estableció que el servicio de transporte en sus diferentes modalidades está considerado un servicio público esencial, sin embargo es importante precisar que la esencialidad de un servicio público no solo está dada por el hecho que así lo determine el propio legislador o por que dicha actividad contribuya a la satisfacción y protección de derechos fundamentales, sino que su esencialidad también radica en que su interrupción ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las

personas, para lo cual resulta pertinente traer a colación la providencia proferida por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en el interior del proceso especial de calificación de cese colectivo promovido por Avianca S.A. en contra de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – ADAC de fecha del 29 de noviembre de 2017 con radicación número 79047 y con ponencia del Magistrado **RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**:

*“Igualmente, la jurisprudencia ha evolucionado para descartar que esa esencialidad esté dada en el hecho de que las actividades que conforman el servicio contribuyan de modo directo y concreto a la protección de bienes o satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, y ha acogido un criterio en virtud del cual, en atención a la doctrina autorizada por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, los servicios esenciales son aquellos “... cuya interrupción pone en peligro la vida, la salud, o la seguridad en todo en parte de la población.”*En esta sentencia, es importante destacar que en la misma la Corte Suprema de forma diáfana establece que tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria ha establecido dos factores para determinar la esencialidad de un servicio a saber, lo que denominó un factor formal que consiste en el hecho que es el legislador por medio de la ley quien determina que servicios públicos son considerados esenciales, como ocurre con la ley 336 de 1996 frente al transporte público y otro material que se encuentra determinado por el caso en concreto donde se trate realmente de un servicio esencial para la sociedad y que la no prestación o la prestación tardía, discontinua o

parcial comportaría la afectación de los derechos fundamentales más básicos del individuo.

Aclarando lo anterior y de forma categórica podemos afirmar que desde el punto de vista formal, el servicio de transporte público de personas, fue catalogado como un servicio público esencial, por cuanto fue propio el legislador quien expresamente estableció en el artículo 5 y 56 de la ley 336 de 1996 tal naturaleza, contando con regulación propia, y que por tanto el Estado ya sea directamente o por intermedio de particulares debe garantizar su efectiva prestación garantizando así lo fines dentro de un Estado Social de Derecho.

Dentro del marco evolutivo descrito el estado ha venido afrontando diferentes situaciones que han llevado a reformular la idea tradicional de la prestación de los servicios públicos en el territorio nacional, en especial en materia de transporte y suministros que ha generado un impacto social bastante visible y cuyas inconformidades ha generado en ocasiones situaciones de violencia, basta con tan solo indagar un poco para encontrar situaciones de huelga, o paros generalizados en el territorio, en el cual se reclama vigilancia e intervención directa por parte del aparato estatal con respecto a estas actividades prestadas por particulares a través de plataformas digitales en el territorio nacional.

Nótese como en diversos eventos se ha buscado la necesidad de regular los temas referentes a la problemática jurídica sin éxito así se puede evidenciar en diferentes medios como en la siguiente cita:

“Gobierno inició reuniones con gremios y plataformas digitales para regular la protección social de los ciudadanos que prestan sus servicios en estas aplicaciones

Última actualización: 05 de febrero de 2020.

El Consejero para Asuntos Económicos y Transformación Digital, Víctor Muñoz, aseguró que el objetivo de la reunión era explicar que el Plan de Desarrollo, en su artículo 205, “establece que el Gobierno Nacional tiene plazo de un año para presentar un proyecto de ley, en virtud de establecer las condiciones de protección de los trabajadores que prestan un servicio a través de plataformas digitales”.

Enfatizó que "esto no tiene nada que ver con un sector específico, ni con una plataforma en particular. Esto es para cualquier servicio que se preste a través de plataformas de economía colaborativa, en el marco de todo lo que tiene que ver con economía digital", y añadió que "ayer no se habló de temas asociados a servicios públicos de transporte ni a otros temas".

Con el fin de garantizar la seguridad social de las personas que prestan sus servicios en las aplicaciones digitales, el Gobierno Nacional comenzó, ayer martes, una serie de reuniones con las plataformas y representantes de los gremios, con el fin de construir un proyecto de ley para la protección de estos trabajadores.

Con base en este mandato, el Consejero Muñoz dijo que "en la reunión del día de ayer, lo que se hizo fue convocar a las diferentes plataformas digitales y los gremios; fue una reunión a la que asistieron la Andi, la Cámara de Comercio Electrónico, la CCIT (Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones), y cerca de 20 plataformas, tanto de domicilios, transporte y otro tipo de sectores, donde estamos, como Gobierno,

escuchando los diferentes planteamientos y las aproximaciones que ellos tienen frente a este tema, que lo que busca es la protección en términos de seguridad social de las personas que prestan servicio a través de

plataformas". <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/Noticias/125812:Gobierno-inicio-reuniones-con-gremios-y-plataformas-digitales-para-regular-la-proteccion-social-de-los-ciudadanos-que-prestan-sus-servicios-en-estas-aplicaciones>.

Ahora con el fin de concluir este capítulo en relación Sobre el derecho fundamental innominado del usuario y el consumidor de servicios públicos digitales, para analizar si se trata de un derecho fundamental tanto del usuario como el conductor un UBER o un locatario e inmobiliario o el consumidor cualquiera de estas redes, si el mismo es sujeto y titular de un derecho fundamental al estar ejerciendo dentro, y accediendo a estos servicios debemos en primer lugar analizar, si se trata de un derecho fundamental, para ello partamos de la perspectiva que bien menciona Robert Alexy en su **texto tres escritos sobre derechos fundamentales**, cuando plantea que el que se considere un derecho como fundamental puede obedecer a diferentes caminos o procesos de reconocimiento siendo el primero de ellos, el de su protección procesal entiéndase de aquel derecho que tiene una calidad de protección reforzada en una acción especial se considera como fundamental, dicho en otras palabras en esta teoría del derecho fundamental, se toman como sinónimos derecho fundamental y derecho protegible por acción de tutela, no se acogerá esta teoría porque nos presenta una petición de principio en el orden lógico, ya que nos genera una confusión entre causas

y consecuencias, la Acción de tutela debe ser una consecuencia de que el derecho sea fundamental no una causa, si son protegible por acción de tutela los fundamentales como sabemos cuáles lo son nos debemos preguntar y la respuesta no puede ser en un razonamiento cíclico que sean aquellos que se protegen por acción de tutela , se requiere de una herramienta externa.

Una segunda teoría habla de la positivización de los derechos humanos, son derechos humanos positivizados, eso es lo que se suele definir en la teoría occidental de Corte alemana, la existencia del derecho fundamental que es satisfactoria se ha aplicado en el caso colombiano aun aunque pueda recibir algunos comentarios de orden crítico, ¿Cómo saber dónde están positivizados? Esa pregunta sea ha resuelto tradicionalmente como la positivización en la norma de máxima jerarquía con mayores procesos de exigencia en su reforma, la cual básicamente es una definición formal de constitución por lo tanto podemos tomar como sinónimos derechos fundamentales y derechos constitucionales , esta teoría es satisfactoria pero incompleta en casos como el colombiano donde el texto constitucional no se reduce al rango constitucional por la teoría del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad en primer lugar, y en segundo lugar porque la misma constitución haciendo uso del principio de remisión reconoce la calidad de derecho innominados, es decir aquellos que aunque no estén taxativos en el caso de la constitución tienen la misma naturaleza que implica tener acciones de protección como la acción de tutela, la acción popular y la acción de cumplimiento que implica su protección y ante todo su reconocimiento como superior en el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, reconocer la naturaleza fundamental del derecho conlleva a identificar responsabilidad del Estado, obligaciones de regulación y control consecuencias a través de la tutela judicial efectiva y excluirlo del ámbito de la mera disposición individual. los derechos patrimoniales o reales pueden ser sujetos de disposición de las personas al no ser derechos fundamentales, no así estos últimos porque una de sus características es ser inalienables, es inconstitucional cualquier pacto o cláusula que implique una negación del derecho fundamental y por lo tanto reconocerle esta categoría a los derechos de los usuarios y consumidores de estas plataformas digitales cambia notoriamente como de habremos de abordarlo .

Segundo sobre los derechos innominados el artículo 94 de la constitución establece una categoría según la cual los derechos de la constitución no se restringen a los enumerados en su articulado del once al ochenta y cinco, hacemos esta claridad porque todos los derechos constitucionales deben ser entendidos como fundamentales , tiene la misma naturaleza jurídica, el derecho al medio ambiente , el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la educación , la recreación o el deporte, por supuesto en un caso en concreto deberá darse más prioridad a un derecho o al otro, en ocasiones se privilegian en estos choques y ponderaciones de derechos por ejemplo la libertad de expresión y en otros casos la intimidad. En ocasiones se privilegia el derecho a la explotación económica y la iniciativa empresarial por sobre el derecho ambiental y en otras ocasiones en sentido contrario.

Esto ocurre porque como normas todas son superiores en el ordenamiento jurídico se pueden proteger por los diferentes mecanismos de protección reforzada son criterio de

validez de las leyes y los acuerdos entre particulares y no son de libre disposición por parte de los individuos.

En el caso colombiano el artículo 94 hace que los derechos que sean reconocidos por nuevos tratados internacionales, por desarrollo jurisprudencial o por amplitud del legislador por ampliación legislativa también llamado, pues se consideren nuevos derechos fundamentales, muchos de esos derechos han sido reconocidos en el caso colombiano, sentencia T 025 de 2004 sobre desplazamiento forzado reconoció los derechos fundamentales como población de especial protección al desplazado por la violencia y aunque no existiera ninguna mención al mismo en la Constitución sus garantías de derechos son plenamente fundamentales el mismo caso ha ocurrido con los derechos de las víctimas en sentido más amplio con las categorías de indemnización satisfacción, rehabilitación, verdad y no repetición, categorías que son parte de su derecho fundamental . Así mismo por vía de estos desarrollos también se han incluido nuevos mandatos que no estaban en las versiones originales, como la consulta previa que ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que también está incluida como parte del bloque de constitucionalidad tras la aprobación del acuerdo de Escazú .

Un Derecho innominado es una aplicación del principio de remisión que fundamenta el bloque de constitucionalidad y por el cual se integran al ordenamiento jurídico nuevas garantías de orden superior con las consecuencias que hemos mencionado. Ahora bien, existen varios caminos por los cuales consideramos que se le debe dar tratamiento a estos derechos como de naturaleza fundamental los explicaremos a continuación.

Tercero sobre la forma o los procesos para definir la naturaleza fundamental del derecho del usuario y del consumidor de servicios digitales. Una primera teoría es la de conexidad, según esta cuando de un derecho de un ejercicio o una actividad toca indirectamente otro derecho fundamental, ese fenómeno debe recibir pleno tratamiento de derecho fundamental, se utilizó mucho con la naturaleza fundamental del derecho a la salud que bien ahora tiene plena aplicación como derecho fundamental desde la sentencia T 760 de 2008. En todo caso estos asuntos de servicios públicos de plataformas digitales tiene una fuerte conexión con muchos derechos fundamentales reconocidos por parte de los usuarios es notorio que se trata de una actividad subordinada, si bien descentralizada y por lo tanto en aplicación del principio de primacía de la realidad deben ampararse todos sus derechos laborales, así como las garantías que se han reconocido tanto por la jurisprudencia, la constitución y el bloque de constitucionalidad de los tratados ratificados por la OIT como el derecho a la asociación de huelga de estabilidad laboral, de protección a la madre gestante de seguridad en las actividades laborales, de seguridad social, para cotizar a salud y del acceso a la pensión como protección al adulto mayor en la etapa final de su vida. También el consumidor ejerce una serie de derechos que evidencian esta conexidad, el manejo de datos tanto de habeas data comercial como financiero, está sujeto a una actividad permanente, las posibilidades de sanciones pecuniarias o de exclusión del servicio también deben estar sujetas al debido proceso ya que al puede estar por encima de esta orden constitucional la respectiva plataforma, también se ejercen diferentes derechos los cuales nos llevan a un segundo aspecto sobre su realidad fáctica.

Sobre este aspecto factico debemos mencionar que la característica de la indivisibilidad de los derechos fundamentales hace que el mismo deba ser tomado como una integralidad respecto del deber de amparo y de protección, por lo tanto cuando en una conducta o en un comportamiento se afecta la dignidad humana se debe considerar que se está incidiendo de manera probablemente negativa sobre la mencionada dignidad humana como valor fundante del Estado Social de Derecho de lo anterior habrá que mencionar que bien ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional que la dignidad humana es un aspecto fundante del Estado Social de derecho de la misma todo lo que defina tratar al ser humano como un fin en sí mismo y nunca como un medio será una circunstancia donde esté en juego respetar o no la dignidad de la persona , por supuesto usar instrumentalmente a un usuario de plataforma o explotar mercantilmente al consumidor, es todo lo contrario de la dignidad humana, pero más aun las actividades propias de estos servicios son desarrollos prácticos de los componentes fundantes de una forma de vida, nos referimos a la movilidad en aspectos cotidiano, a la vivienda a la seguridad, a la integridad y al desarrollo como ha mencionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un proyecto de vida , dicho de otra manera cuando se ejerce la dignidad humana nos encontramos en un asunto sensible ante los derechos fundamentales.

Similar caso ocurrió al reconocer como sujetos obligados al respeto de los derechos fundamentales a las redes sociales , proscripciones de la injuria, la calumnia, los mensajes que hagan apología al genocidio, el racismo o el odio, son limites dentro de estas esferas llamadas redes sociales , pues lo mismo ha de ocurrir con el uso de estos servicios de plataformas digitales los cuales por su sensibilidad son plenamente

aspectos que tocan los derechos fundamentales, así como en concreto un servicio público domiciliario toca los derechos fundamentales en sus diversas facetas, por ejemplo el derecho al acceso al agua tiene un componente individual y por eso es tutelable, pero también tiene un componente social alrededor de los subsidios y las tarifas reguladas al mismo tiempo que tiene un componente colectivo en lo que tiene que ver con las redes acometidas e infraestructuras, lo mismo habremos de predicar de estos derechos de usuarios y consumidores de plataformas digitales porque habrá aspectos donde se toque su protección individual una multa arbitraria una eliminación una negativa a un acceso, habrá aspectos sociales como la seguridad social y habrá aspectos colectivos de ahí como la publicidad engañosa, de ahí cualquier ciudadano y cualquier autoridad competente estarían legitimados en activa para reivindicar el mismo derecho no cerrándonos a la idea del mero individualismo comercialista y económico.

El último de los aspectos teóricos que nos permite completar la idea de la naturaleza de derecho fundamental de las personas, usuarios o consumidores de los servicios públicos de plataformas digitales es el de los contenidos de los derechos, nótese que hemos utilizado el termino personas ya que cualquier persona es titular de un derecho fundamental siempre y cuando que lo pueda ejercer de allí que también se incluye personas jurídicas privadas o públicas en los derechos que por supuesto puedan ejercer. Ahora bien la teoría del contenido de los derechos fundamentales parte del considerar como lo más valioso de un derecho el mandato que se circunscribe dentro de su núcleo esencial por lo tanto no es el simple el llano texto el importante de analizar un derecho fundamental sino los mandatos en su completitud, derechos como el debido proceso o la igualdad tiene una complejidad de mandatos muy superior a lo dice el

simple texto por supuesto derivado de procesos hermenéuticos, argumentativos, en el marco de la estructura jurídica y de los precedentes sentados no en el simple creacionismo de la parte o el fallador. En todo caso el contenido es lo que auténticamente define el sentido de un derecho, aspectos como la progresividad en los contenidos, la ampliación de las garantías hablan de la evolución del sistema de derecho.

El Profesor Jorge Geliken habla de la mutación como aquel proceso mediante el cual las constituciones cambiaban de mandatos sin llegar a cambiar el texto de la misma, la mutación puede ser la alteración del mandato constitucional cuando se desnaturaliza, pero puede ser un proceso de evolución y de adaptación al derecho frente a las nuevas exigencias. Casos como los que mencionábamos del enfoque de género, de la protección especial a víctimas de la violencia de las limitaciones a la expresión en redes sociales, de la igualdad plena de derechos a parejas del mismo sexo han sido todos estos casos desarrollo de los contenidos de los derechos por lo tanto consideramos en este espacio que los derechos colectivos y fundamentales de los consumidores reconocidos actualmente en la constitución y regulados por las leyes estatutarias del consumidor y del consumidor financiero deben entenderse como también dirigidos a los usuarios como consumidores de estas plataformas de lo mismo que el bloque de mandatos del derecho laboral y de la OIT dirigidos a la protección de los trabajadores y de la primacía de la realidad , deben entenderse y aplicarse plenamente a quienes sean usuarios como agentes económicos de estas plataformas.

Por lo tanto, considero que aun sin necesidad de reformas cabe el tratamiento de derechos fundamentales en el uso de estas mencionadas plataformas digitales. Lo que

lleva a una consecuencia jurídica muy importante y es que el usuario tanto el usuario económico como el usuario consumidor tienen plenitud de derechos y de ahí a que pueden actualmente acceder a su reivindicación a través de los canales jurisdiccionales de las respectivas acciones ya se trate de una faceta individual, social económica o cultural o colectiva del derecho, así mismo existe ya la obligación del Estado de dar regulación protección y promoción de los derechos que están en juego, no haciendo un caso omiso de la problemática o tratándolo como un mero aspecto tecnológico e ignorando las implicaciones ius fundamentales alrededor de la garantía de derechos de sus núcleos esenciales y de la dignidad humana de los derechos de estas personas y no hacerlo es una omisión de sus deberes sancionable a nivel interno por las acciones constitucionales, por el sistema interamericano de derechos humanos y por la responsabilidad civil extracontractual del Estado.

9 conclusiones

Con el fin de establecer conclusiones podríamos señalar lo siguiente:

- Es notorio que en la legislación nacional existe una fuerte regulación a la protección de los derechos del consumidor de manera genérica advirtiendo una positivización clásica que ignora los derechos de las personas en virtud de las que realizar per se una prestación de un servicio publico
- Es indispensable llevar la teoría clásica de los servicios públicos armonizada con los derechos fundamentales innominados para garantizar los derechos fundamentales de los consumidores a través de las herramientas regtech.

- La naturaleza de la prestación de los servicios públicos ha cambiado y las plataformas que así lo realizan deben estar vigiladas, reguladas en su prestación, independiente de la naturaleza contractual privada en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas.
- Es indispensable ligar las actividades propias de las plataformas digitales para categorizarlas dentro de la categoría de prestadoras de servicios públicos, pues su influencia en los derechos sociales, colectivos, y fundamentales es inevitablemente irrefutable.
- Se requiere una armonización constitucional entre las actividades de las plataformas digitales que prestan servicios públicos, para que sea sujetos que sean garantes de los derechos fundamentales ligados a su actividad
- Es necesario llevar a la categoría de servicios públicos a las plataformas digitales de acuerdo a la naturaleza de la prestación del servicio.

10. BIBLIOGRAFÍA.

- Constitución Política de la República de Colombia <Esta versión corresponde a la Segunda Edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Ley 1480 de 2011.
- Ley 31/92

- Ley 100/93
- Ley 142/94
- Ley 270/96
- Decreto 1369 del 2020 Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- Decreto. 407 de 1994
- Ley 322/96.
- Ley 633/00
- Ley 105 de 1993.
- Ley 336 de 1996.
- Decreto 3466 de 1982.
- Concepto SIC número 96027242 de septiembre 2 de 1996.
- Concepto SIC No 96027242 de 1996.
- Concepto No 05063562 de 2006 de la Superintendencia de Industria y Comercio
- Hauriou, Maurice, Précis de Droit Administratif, París, 1919, 9ª ed., p. 44.
- Corail, Jean Louis de, La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français, París, 1954, p. 1 y ss., 21 y ss.
- " Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 479
- Sentencia C-450 de 1995. (1995, 04 de octubre). Corte Constitucional. M.P Antonio Barrera Carbonell.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-450-95.htm>

- Sentencia C- 517 de 1992. (1992, 15 de septiembre). Corte Constitucional. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
- Sentencia C-263 de 1996. (1996, 13 de julio). Corte constitucional. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-263-96.htm>
- Sentencia C-066 de 1997. (1997, 11 de noviembre). Corte Constitucional. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-066-97.htm>
- Sentencia C- 517 de 1992.
- Sentencia C-263 de 1996.
- Decreto 1369 del 2020. (2020, 18 de octubre). Presidencia de la Republica. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=143509>
- Decreto 753 de 1956. (1956, 05 de abril). Presidencia de la Republica. Por el cual se sustituye el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo <https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1159461>.
- Ley 142 de 1994. (1994, 11 de julio). Congreso de la República. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.
- <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752>.
- Sentencia 2179230 de 2021. (2021, 13 de mayo). Consejo de Estado. Radicado 2500023-24-000-2004-01160-01. Nulidad y restablecimiento de derecho. C.P Roberto Augusto Serrato Valdés. <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Sentencia de 12 de julio de 2018. Consejo de Estado Radicación: 05001-23-31-000-.

2007-00497-02. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_a83d5d0062464f5fa2240c875f7ea1bc/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-2004-01160-de-mayo-13-de-2021

- T- 540 de 1992. (1992, 24 de septiembre). Corte Constitucional. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t540-92>.
- T- 578 de 2012. (2012, 03 de noviembre). Corte Constitucional. Magistrado Ponente

Alejandro

Martínez

Caballero.

- Sentencia T- 540 de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- <https://www.sic.gov.co/deberes-y-derechos-como-consumidor#:~:text=Derecho%20a%20obtener%20protecci%C3%B3n%20al,bienes%20y%20servicios%20que%20requieran>.
- Ley 1955 del 25 de mayo de 2019.
- <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/Noticias/125812:Gobierno-inicio-reuniones-con-gremios-y-plataformas-digitales-para-regular-la-proteccion-social-de-los-ciudadanos-que-prestan-sus-servicios-en-estas-aplicaciones>.
- Calvo, A. L. y Carrascosa, J., (2001) "Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica", en ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. (coord.), El comercio electrónico, Madrid: Ed. Edisofer.
- Cubillos, R. y Rincón, E. (2002) Introducción jurídica al comercio electrónico. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

- Martínez, A. (1999) Comercio electrónico .Curso de protección jurídica de los consumidores, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- *Rodríguez de las Heras Teresa (2006) El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.*
- **Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (versión consolidada).** *Diario Oficial n° C 027 de 26/01/1998 p. 0034 – 0046.* [Secretaría General del Consejo de la Unión Europea].
- Decreto 3466 de 1982. Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 3 de 1982. [Ministerio de Gobierno].
- Ley 26/1984. La presente Ley, para cuya redacción se han contemplado los principios y directrices vigentes en esta materia en la Comunidad Económica Europea, aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior.19 de julio de 1984. **Referencia:** BOE-A-1984-16737. España.

- Ley 34/2002. De servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Julio 12 de 2002. Boletín Oficial del Estado. España.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No 96027242 de 2 de sep. de 1996. Recuperado el 23 de Marzo de 2011. En: <http://www.sic.gov.co/oldest/index.php?idcategoria=11872>.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 05063562 del 13 de marzo de 2006. Recuperado el 25 de Abril de 2011. En: <http://www.sic.gov.co/oldest/index.php?idcategoria=6017>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Expediente No. 62812-01. (Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez; 3 de mayo de 2005).
- Aneiorg, (2010). 12ª Encuesta a Usuarios de Internet (Navegantes en la Red). AIMC. Recuperado el 13 de Abril de 2011. En: <http://www.a-nei.org/blog/?p=712>.