

**INSTRUMENTOS PARA SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS DE
INFORMACIÓN ASIMÉTRICA E INFORMACIÓN INCOMPLETA : *El*
*Caso del Sector de Acueducto y Alcantarillado.***



ANA MARÍA SALAMANCA VALDERRAMA

Presentado para optar el título de Abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

Bogotá D.C.

2005

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
<u>1. TITULO I: DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.</u>	13
<u>1.1. Capítulo I: La Libre Competencia Económica</u>	15
<u>1.2. Capítulo II: De La Intervención del Estado en la Economía.</u>	20
1.2.1. Breve Reseña Histórica en Colombia de la Intervención del Estado en la Economía.	21
1.2.2. Formas de Intervención del Estado en la Economía.	24
1.2.2.1. La Ley como una Intervención Normativa del Estado en la Economía	25
1.2.2.2. La Regulación Administrativa: Una Nueva Forma de la Intervención del Estado en la Economía	26
<u>1.3. Capítulo III: Intervención del Estado en los Servicios Públicos Domiciliarios: <u>Régimen Legal y Regulación Administrativa.</u></u>	33
1.3.1. Régimen legal: la ley 142 de 1994 como ejemplo de Instrumento de la Intervención del Estado en la Economía.	39
1.3.2. La Función Regulatoria de las Comisiones de Regulación	42

<u>2. TITULO II: EL CASO PARTICULAR: EL ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO.</u>	51
<u>2.1. Capítulo I: El Sector de Acueducto y Alcantarillado</u>	51
2.1.1. Definición jurídica del Agua: ¿Bien Público o Bien económico?	51
2.1.2. Definición Económica del Servicio Público Domiciliario de Acueducto y Alcantarillado: Bien público Impuro de Alta Sensibilidad Social.	53
2.1.3 Servicios Públicos que se constituyen en Monopolio Natural en el Sector de Acueducto y Alcantarillado.	54
2.1.3.1 Características del Servicio Público de Acueducto	57
2.1.3.2 Características del Servicio Público de Alcantarillado.	57
<u>2.2. Capítulo II: Monopolio Natural</u>	59
<u>2.3. Capítulo III: Normatividad Jurídica y Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado</u>	61
2.3.1.Regulación en General	61
2.3.2. Marco Institucional, Ente regulador en Colombia - Comisión de	62

Regulación de Agua Potable y Saneamiento básico- CRA.

2.3.3. Las Diferentes Clases de Regulación	68
2.3.3.1 Regulación Estructural	68
2.3.3.2.Regulación por Conductas	68
2.3.3.2.1.La Regulación por Contrato o Competencia por el Mercado	69
2.3.4. Normatividad Jurídica en Colombia del Contrato de Concesión en el Ámbito del Servicio Público de Acueducto y Alcantarillado	71
2.3.4.1. Ley 80 de 1993: "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".	72
2.3.4.2. Ley 142 de 1994: "Por el cual se establece el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios y se dictan otras disposiciones."	75
2.3.4.3. Resolución de la CRA No. 151 de 2001 "Por el cual se expide la Regulación Integral del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico en Colombia".	81
<u>2.4 Capítulo IV: Contratos de Concesión: <i>La Provisión Privada sujeta a la Regulación.</i></u>	89

2.4.1. Naturaleza Económica de los Contratos	89
2.4.2. Principales Problemas en los Contratos de Concesión	90
<u>3.TITULO III: EL PROBLEMA DE LA REGULACION ECONOMICA:</u>	95
<u>INFORMACIÓN ASIMÉTRICA E INFORMACIÓN</u>	
<u>INCOMPLETA</u>	
<u>3.1. Capítulo 1: El Problema de la Información : Información Asimétrica e</u>	95
<u>Información Incompleta.</u>	
3.1.1. De los Riesgos Endógenos: La Asimetría de Información (Selección Adversa y Riesgo Moral).	97
3.1.1.1. Selección Adversa o Adverse Selection: Características Ocultas (Etapa precontractual)	97
3.1.1.2. Riesgo Moral o Moral Hazard: Conductas Ocultas (Etapa Contractual)	99
3.1.2. De los Riesgos Exógenos : Información Imperfecta asociada a la Incertidumbre o al Riesgo	101
3.2. <u>Capítulo II: La Asimetría de Información e Información Imperfecta Comparada: Experiencia en otros países sobre el manejo de los Riesgos Endógenos y Exógenos.</u>	106
3.2.1. Riesgos Endógenos:	106

3.2.1.1. Selección adversa	106
3.2.1.2. Riesgo Moral	109
3.2.1.2.1. Caso de Estados Unidos	110
3.2.1.2.2. Caso del Reino Unido	116
3.2.2. De los Riesgos Exógenos	125
3.2.2.1. Caso de Argentina	125
<u>4. TITULO IV: EL PROBLEMA DE LA INFORMACIÓN EN EL CASO COLOMBIANO.</u>	128
<u>4.1. Capítulo I: Manejo de Riesgos en el Contrato de Concesión de Montería.</u>	128
4.1.1. Del Manejo de la Selección Adversa	129
4.1.2. Del Manejo del Riesgo Moral	130
4.1.3. De los Riesgos Exógenos	133
<u>4.2 Capítulo II: Consideraciones del Caso Colombiano con Relación al Tema de la de la Asimetría de Información</u>	135
4.2.1. Selección Adversa	135

4.2.2.Riesgo Moral	136
4.2.2.1. Regulación por Tasa de Rentabilidad en los Servicios de Acueducto y Alcantarillado	136
<u>5. TITULO V: HACIA UNA PROPUESTA JURÍDICA PARA DISMINUIR EL IMPACTO DEL PROBLEMA DE LA INFORMACIÓN.</u>	142
<u>5.1 Capítulo I: Como Aminorar el Problema de la Información (Asimetría e Incertidumbre) en los Contratos de Concesión: Combinación de los tres problemas</u>	142
5.1.1 De Los Riesgos Endógenos	142
5.1.1.1. Selección Adversa	142
5.1.1.2. Riesgo Moral	144
5.1.2. De los Riesgos Exógenos	146
CONCLUSIONES	148
BIBLIOGRAFÍA	151

INTRODUCCIÓN

Los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado son de alta sensibilidad social y fundamentales para la calidad de vida de la sociedad. Esta clase de servicios, por su infraestructura, por los costos hundidos y por las economías de escala que presentan, determinan aspectos de monopolio natural, constituyéndose así, de acuerdo con la teoría económica, en una falla de la economía de mercado. En este sentido, el régimen legal y la regulación económica de los servicios de acueducto y alcantarillado, han dispuesto que en algunos casos para su prestación, sea necesario el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, a través de los contratos de concesión. Así, dentro de un contexto de competencia por el mercado y no en el mercado, los contratos de concesión en áreas de servicio exclusivo son fundamentales para la provisión del servicio.

Por tanto, uno de los principales problemas regulatorios es la ausencia de información perfecta. El presente trabajo de grado pretende hacer un análisis preliminar del problema de la información asimétrica (selección adversa y riesgo moral) e información incompleta, y las posibilidades de mitigarlos cuando se regula por contrato como es el diseño de un contrato de concesión cuando se otorgan áreas de servicio exclusivo. Lo anterior, con el objetivo adicional de encontrar

instrumentos para la promoción de la competencia por el mercado y evitar a la vez el abuso de la posición dominante de las empresas prestadoras del servicio.

La piedra angular será encontrar el aporte del derecho en el fortalecimiento de la regulación económica, entendida esta última como la nueva forma de intervención del Estado en la economía. La reducción del problema de la información permitirá que las señales regulatorias sean efectivas en su aplicación generando un mayor control de las empresas e impidiendo que determinadas conductas oportunistas se conviertan en obstáculo para la generación de una competencia transparente.

Lo anterior cobra importancia cuando se tiene en cuenta que en el mundo real los contratos son incompletos ya que la información que tenemos sobre el futuro es incompleta. En la actualidad cualquier transacción implica riesgo e incertidumbre. Incluso, uno de los objetivos de los contratos es prever acontecimientos futuros o mitigar comportamientos oportunistas que pueden afectar al objeto de la transacción.

Cuando los contratos como los de concesión son mal diseñados producen incentivos inadecuados generando una serie de consecuencias negativas que se traducen en prácticas oportunistas del concesionario, captura del regulador, renegociaciones ente otros. Lo anterior conlleva a unos altos costos de transacción e igualmente se constituye en una situación sumamente grave, pues

"una de las condiciones indispensables para que operen los mercados es el de respetar los contratos".¹

RONALD COASE decía que los costos de transacción son *"aquellos en los que se incurre para adquirir información relacionada con un negocio o para hacer valer los derechos que surgen de él"*, es decir, son los costos de transferir derechos de propiedad. *"Cuando las personas contratan - cambian bienes y servicios en el mercado- las normas jurídicas influyen en la eficiencia y en la forma de utilizar los recursos."*²

Se ha demostrado, que las normas jurídicas tienen influencia en la asignación eficiente de recursos y en el comportamiento de la economía. Dentro de este contexto es pertinente traer a colación la disciplina académica del Análisis Económico del Derecho que establece *"de qué manera las normas jurídicas estimulan o impiden que las sociedades usen en forma eficiente los recursos de que disponen y las consecuencias de esas normas sobre la sociedad. Esta premisa, supone que las personas responden a incentivos para obtener el máximo beneficio de utilidad cuando eligen entre unas cosas y otras; y considera que las*

¹ PALACIOS, MEJÍA Hugo. *"La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano"*. Editorial Derecho Vigente., Santa Fe de Bogotá DC., 1999, Pág., 49.

² COASE RONALD, *The Firm, the Market and the Law.*, citado por PALACIOS, MEJÍA Hugo. *Ibidem.*, Pag 15. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que *" para realizar una transacción, entendida como la transferencia del bien o servicio a través de un interfase tecnológicamente separable en el mercado, el agente necesita descubrir a la contraparte, con quién hacer la transacción, informarla de sus deseos de realizar la transacción, de las condiciones, negociar las condiciones, redactar el contrato, emprender inspecciones y verificar que las condiciones del contrato estén observadas. Quiere decir incurrir en los costos de búsqueda, negociación, decisión, monitoreo e imposición.* GORBANDEFF, Yuri. *"La ley 80 y Teoría económica"*. Vniversitas. Pontificia Universidad Javeriana., Bogotá D.C., Junio de 2003 No. 105. Pag 29.

normas jurídicas, al crear incentivos para determinadas conductas, influyen en las decisiones de las personas". ³

Desde esta perspectiva, pero en el caso concreto de los contratos de concesión (competencia por el mercado) en el ámbito de acueducto y alcantarillado se pretenderá dar un aporte del derecho a la regulación económica con respecto al problema de la información incompleta y asimétrica (riesgo moral y selección adversa) en las relaciones contractuales.

Lo anterior, tiene fundamento en que *"El problema de la regulación es fundamentalmente, un problema de control en un marco de información insuficiente"*. ⁴ Una regulación ineficaz equivale a un impuesto implícito, que da paso a prácticas restrictivas de la competencia, y es a la vez, instrumento de ineficiencia y pérdidas para la sociedad al no poder satisfacer sus necesidades esenciales, siendo sumamente grave en el contexto colombiano de ser un Estado Social de Derecho.

Dentro de este contexto, en el Título I se expondrá la intervención del Estado en la economía, en especial en el sector de servicios públicos domiciliarios. Siguiendo este lineamiento se establecerá la regulación económica como una nueva forma

³ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. citada por PALACIO MEJÍA, Hugo *"La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano"*. Editorial Derecho Vigente., Santa Fe de Bogotá CD., 1999. Pag 3.

⁴ LAFFONT, Jean Jacques. Tomado de los apuntes del curso de Regulation Economique et Service Publics en Europe. Institute des Études Politiques de Toulouse, France.2003- 2004, profesora Anne ISLA, Maître de Conférences, Sciences économiques - UTM .

de intervención del Estado en el ámbito económico. En el Título II se desarrollará, el caso particular del régimen legal y regulación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. Posteriormente, el Título III presentará uno de los principales problemas de la regulación económica: el problema de la información asimétrica e incompleta. Aquí, se expondrán las experiencias de otros países en las soluciones a la asimetría de información e información incompleta. Lo anterior dentro del contexto de la globalización y de una economía de mercado. En el Título IV, se tratará el caso colombiano; y Finalmente, el Titulo V se planteará una propuesta jurídica a las soluciones de la asimetría de la información e información incompleta en el diseño de los contratos de concesión.

TITULO I: DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

La escuela clásica de economía política sostenía que el mecanismo del precio dictado por el mercado era la vía más eficaz para la asignación de los recursos sociales. Su principal representante, Adam Smith (1723-1890), con su ideología del libre mercado, planteó la idea, según la cual, los mercados por sí mismos producen resultados eficientes. Se concebía por tanto, que el Estado librecambista de la economía clásica, debería participar lo mínimo en los asuntos privados, dejando a los individuos la mayoría de las responsabilidades. Estas ideas, sirvieron como piedra angular para el desarrollo de los conceptos de sistema de mercado y de libre competencia económica.

La preservación de la libertad económica y el sistema de mercado, fue retomada como objetivo fundamental, por las transformaciones filosóficas e ideológicas de los últimos años, en especial en algunos países de Europa y en Norteamérica, donde se presentó una metamorfosis del rol del estado en la economía, pasando de un Estado bienestar *-Etat Providence-* a un Estado regulador. En países como Estados Unidos e Inglaterra, la apertura a la competencia es considerada como una fuerza poderosa y eficaz para aumentar la eficiencia en el suministro de bienes y servicios. Así, las acciones de los agentes, motivadas por el interés

individual, producen efectos positivos sobre la sociedad, asegurando la maximización del bienestar social.⁵

Para el caso latinoamericano, el inicio de la década de los noventa coincidió con la puesta en práctica de un conjunto de reformas políticas y económicas importantes, orientadas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional conocidas como las medidas del Consenso de Washington. Los objetivos centrales de dichas reformas, pretendieron entre otros fines, dismantelar las barreras comerciales, la liberalización del comercio exterior, la apertura de las economías latinoamericanas a la inversión extranjera directa y una economía competitiva destacando la importancia de la privatización de las empresas estatales.⁶

Colombia, no ha sido ajena a ese proceso de internacionalización. Las medidas comenzaron a aplicarse en momentos en los que el país vivía grandes transformaciones políticas que habrían de quedar consignadas en la Carta Política de 1991. Así las cosas, en un contexto de apertura económica y globalización, el constituyente de 1991, contempló de forma expresa la libertad económica. De lo anterior, se puede deducir, que la norma fundamental, cuenta con elementos del Estado liberal, como es la consagración de la libertad de empresa, la defensa de

⁵ VALENCIA AGUDELO, Dario. *Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador. El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia*, Revista No. 18, Universidad EAFIT, <http://www.eafit.edu.co/EafitCn/Administracion/Pregrados/Economia/revista.>, Fecha de consulta: Enero 15 de 2005.

⁶ DAVIS, Bob., *¿ Podría ser el gobierno la solución para los problemas de crecimiento en Latinoamérica? Uno de los creadores del Consenso de Washington asegura que sí.* The Wall Street Journal Américas., El Tiempo., Miércoles 23 de Febrero de 2005. / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *El Estado del Arte de la Regulación en el Sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Tercer Mundo Editores, Bogotá, Colombia . Enero 2001 Pág. 21

la propiedad privada, la primacía de la competencia. Sin embargo, no se debe olvidar, que también contiene elementos del Estado benefactor dentro del contexto de ser Colombia, un Estado Social de Derecho.

1.1. Capítulo I: La Libre Competencia Económica.

En el derecho colombiano, la libertad económica, la cual comprende los conceptos de libertad de empresa o libre iniciativa privada⁷ y la libre competencia económica⁸, quedaron plasmadas por primera vez como principios fundamentales dentro de lo que se ha denominado la constitución económica. Bajo este parámetro, el artículo 333 de la Carta Política de 1991, dispone lo siguiente:

"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL., Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz., Sentencia C-524., 16 de Noviembre de 1995., Expediente No. D- 920. En esta sentencia se precisó la definición de libertad de empresa de la siguiente manera: *"Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral".*

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL., Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil., Sentencia C-616., 13 de Junio de 2001., Expediente No. D- 3279. (...) *"La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita".*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.

El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional."

El texto constitucional establece que la libre competencia económica es un derecho de todos, consagrándolo de manera adicional como un derecho de los denominados colectivos. Por tanto, este derecho se refiere a *"la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado de concurrir en él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. Esta libre competencia económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir en el mercado en busca de una clientela; y de la otra implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia."*⁹

⁹⁹ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso., *Compilación Documentos sobre Derecho de la Competencia.*, Pontificia Universidad Javeriana., Facultad de Ciencias Jurídicas., Javegraf., Bogotá., 1999., Pag 18.

En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-616 del 13 de junio de 2001, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, subrayó el elemento característico de la libre competencia económica de la siguiente manera:

"(...) el elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

En este mismo pronunciamiento, queda claro como la libre competencia económica se desarrolla dentro de un modelo de economía social de mercado, el cual garantiza la libre iniciativa y los intereses de los particulares pero a la vez propende por la protección del interés público, el cual se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad en cuanto se obtiene una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia económica.

Así las cosas, el derecho a la libre competencia económica, no es absoluto, pues el mismo artículo 333 de la Constitución Política de Colombia consagran límites, fundamentados en el bien común el cual debe ejercerse en armonía con las finalidades sociales del Estado. Así lo ratificó la Corte Constitucional, en Sentencia C-389 del 22 de Mayo de 2002, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, la cual precisó:

*“En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones, la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. La libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la constitución”.*¹⁰

Por tanto, la libre competencia al ser un derecho relativo, no se constituye en obstáculo para la intervención del Estado en la economía, ni tampoco al logro de los fines que le son propios por ser un Estado Social de Derecho. Así, el precepto constitucional consagrado en el artículo 333, debe interpretarse armónicamente

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL., Sentencia C- 398., 7 de Septiembre de 1995., Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo., Expediente No. D- 865.

con el artículo 334, en el cual se establece la denominada intervención normativa del estado en la economía;

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para 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 y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. ”

El artículo precedente, constituye una norma objetiva que impone un mandato constitucional al Estado de intervenir para alcanzar los fines enunciados en la constitución; como mandato constitucional, su cumplimiento puede ser judicialmente controlado.¹¹ Esta intervención del Estado, como director general de

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa., Sentencia C150., 25 de Febrero de 2003., Expediente No. D- 4194 .

la economía, abarca fines diversos que van desde la distribución equitativa de las oportunidades y la búsqueda de que todas las personas tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, hasta la promoción de la productividad y de la competitividad.

A manera de conclusión, puede decirse que la libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Carta Política, constituye uno de los pilares de la economía social de mercado diseñada por el Constituyente de 1991. Esta libre competencia económica y libre iniciativa privada, pueden ser limitadas válidamente, por el legislador, siendo una intervención normativa del Estado en la economía (numerales 21 y 23 del artículo 150, artículo 333, 334, 365 de la Carta Política).

1. 2. Capítulo II: De la Intervención del Estado en la Economía

La intervención del Estado en la economía, significa *"el conjunto de actos del Estado por virtud de los cuales toma parte, intercede o media en las transacciones directas o indirectas, sobre bienes y servicios que se presentan entre agentes en un determinado territorio –espacio- y durante un periodo específico –tiempo."*¹²

¹²MIRANDA Londoño, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo., *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación*. Realizado para las VII Jornadas Internacionales en Honor del Profesor Allan Brewer-Carias. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia- Cedec., Pag 7.

Dentro de este contexto, se pueden identificar una serie de ámbitos en los cuales el Estado interviene en la economía: Una de las primeras formas de intervención, es para desarrollar una función de garantía preservando derechos como los de seguridad individual, los de propiedad, los de libertad de asociación, la libre competencia y los derechos de la información, entre otros. La segunda forma de intervención, se refiere a la actuación del Estado como agente económico. La tercera forma en que el Estado interviene en la economía, es por medio de la actividad de dirección antes mencionada del artículo 334 de la Carta Política, a la cual se ha denominado la intervención normativa del Estado. Adicionalmente, es de vital importancia mencionar en este punto, las facultades de regulación económica otorgadas a las autoridades administrativas, cuyo objetivo es el de orientar la actividad económica hacia el equilibrio constituyéndose una nueva forma de intervención del Estado en la economía.¹³

1.2.1. Breve Reseña Histórica en Colombia de la Intervención del Estado en al Economía.¹⁴

En el contexto colombiano, la intervención del Estado recibió pleno respaldo constitucional con el artículo 11 Acto Legislativo N° 1 de 1936. Esta reforma constitucional, definió los deberes sociales del Estado y de los particulares.

¹³ MIRANDA LONDOÑO , Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo., *Ibidem.* Pag 8-9. En este documento, se puede observar adicionalmente, un gráfico que muestra de manera clara, las diferentes facetas del Estado en su actividad de intervención el ámbito económico., Pag 8.

¹⁴ Este acápite se basó fundamentalmente, en el artículo de MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo., *Ibidem.*, Pag 10-11.

En este acto legislativo se establecía que el Estado intervendrá “*por medio de leyes*”, con lo cual se dio un primer paso al dotar al Estado de facultades para establecer el marco jurídico de la actividad económica. Por tanto, la intervención del Estado, como principio constitucional surgió en 1936. La reforma, inspirada por las ideas del francés Léon Duguit, planteó de manera explícita los principios del intervencionismo estatal en los ámbitos económicos y sociales, la formulación de un nuevo concepto de propiedad, el paso en la modernización laica del Estado y la consagración de la noción de derechos sociales.

Posteriormente, el Acto Legislativo número 1 de 1945 reformó el antiguo artículo 32 de la Constitución Política de 1886, en el cual se determinó que el Estado intervendría...“*por mandato de la ley*”, lo cual significó el desplazamiento de la facultad legislativa hacia el ejecutivo, pues el primero consignaría los lineamientos generales en la ley de intervención y el segundo, los haría operar a partir de reglamentaciones.

El Acto legislativo número 1 de 1968, modificó nuevamente el artículo 32 de la Constitución Política de 1886, marcando la llamada descentralización administrativa por servicios, la política de intervención directa en la economía a través de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Adicionalmente, el artículo 11 del mismo acto legislativo, introdujo la figura de las leyes marco¹⁵ desarrolladas por decretos presidenciales. Estas leyes marco, fueron posteriormente plasmadas en el numeral 19 del Artículo 150 de la Carta Política de 1991.

Finalmente, en un contexto de apertura económica y globalización, se erige constitucionalmente en 1991 la consagración expresa de la libre iniciativa privada y la libre competencia económica (Artículo 333 CN), las cuales constituyen uno de los pilares de una economía de mercado. Así mismo, la intervención del Estado en la economía se encuentra enmarcada de manera precisa en el ordenamiento jurídico. Dentro del contexto de un Estado social de derecho, la libertad económica, solo puede ser limitada o restringida válidamente con autorización del pueblo, expresada a través de sus representantes, en la forma de una ley de intervención económica teniendo en cuenta el artículo 334 de la Carta política y con el fin de racionalizar la economía y buscar el bienestar y la protección del interés general.¹⁶

La Corte Constitucional, en Sentencia C-043 del 25 de Febrero de 1998, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, estableció que la libre iniciativa

¹⁵ PALACIOS, Mejía Hugo, en su libro *"La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano"* Ibídem., mencionó, con respecto a las leyes marco, que estas obedecieron a una concepción de estratégica económica que usualmente se denominó "estrategia del ajuste exacto" (*fine tuning*) la cual se recomendó especialmente en el campo del manejo monetario en la década de los años 60., Pag 35.

¹⁶ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Ibídem., Pag 11.

privada no es un límite para las actividades de intervención y regulación a cargo del Estado:

"(...) En un Estado social de derecho donde el Poder Público asume responsabilidades tales como la dirección general de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la libre iniciativa privada no puede erigirse como un derecho absoluto ni como un obstáculo insuperable para la actividad de intervención del Estado, particularmente en materia económica y de servicios públicos. Es así como el propio artículo 333 de la Carta permite el desarrollo de dicha iniciativa privada, pero "... dentro de los límites del bien común" y, a su vez, faculta a la ley para delimitar su alcance "... cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."

Así las cosas, las reformas constitucionales antes mencionadas, reflejan el rol que el Estado debía cumplir y su estructura en determinada época, pasando de un Estado Benefactor como el concebido en 1936 al comienzo de una transición hacia un Estado regulador con los lineamientos de la Constitución 1991.

1.2.2. Formas de Intervención del Estado en la Economía.

Como se mencionó con anterioridad, existen varias formas que el Estado utiliza para intervenir en la economía. Para efectos de mayor claridad solo se mencionaran algunas de ellas.

1.2.2.1. La Ley como una Intervención Normativa del Estado en la Economía

La ley como una intervención normativa del Estado en la economía se encuentra establecida, en los artículos 333, 334 y 365 de la Carta Política entre otros. Dentro de este contexto, es importante traer a colación el denominado principio de legalidad el cual ha sido entendido "*como una institución jurídica que pone límites a la actuación del Estado pues, no puede existir ninguna función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos sin previa autorización prescrita y expresa en la ley. En términos estrictos, dicho principio tiene una doble condición: "de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador"* ¹⁷.

Bajo este parámetro de análisis, existen diversas leyes que se constituyen como una de las diferentes formas en que el Estado interviene en la economía. Para mencionar algunas de ellas, se tomará como base la Sentencia C-150 de 2003, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

Según la mencionada sentencia, existen varias clases de leyes que implican una intervención del Estado en la economía. La primera de ellas, son las denominadas

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-710., 5 de Julio de 2001., Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño., Expediente No. D- 3287./ El término de *intervención normativa del Estado* y su relación con el principio de legalidad, fue tomado del texto de MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. *Ibíd.*, Pag 15.

leyes marco consagradas en el numeral 19 del artículo 150 de la Carta, por medio de las cuales se regula la intervención del Estado en sectores sensibles de la economía, entre los cuales se encuentran el crédito público; el comercio exterior y el régimen de cambio internacional; los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; y las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

En segundo lugar, se puede evocar, el ya precitado artículo 334 de la Carta Política el cual prescribe que la intervención del Estado en la economía se ejercerá por mandato de la ley. Este artículo esta en concordancia con el numeral 21 del artículo 150 de la constitución, el cual reza de la siguiente manera: *"Corresponde al congreso : Numeral 21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica"*.

Finalmente, es importante mencionar que el Congreso puede regular sectores de la economía por medio de leyes ordinarias. En materia de servicios públicos, el congreso puede optar, según la finalidad que persiga, por una ley ordinaria mediante la cual regule su prestación. Así lo expresa el numeral 23 del artículo 150 de la carta política: *"corresponde al Congreso (...) Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos."* Este artículo se encuentra en armonía con el artículo 365 de la Carta Política de 1991, el cual establece la intervención del Estado en los servicios

públicos en general, y el artículo 367 el cual hace referencia al tema de los servicios públicos domiciliarios en particular. No sin antes olvidar, dentro de este contexto, la función del Estado como director de la economía (artículo 334 CN).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede mencionar la Ley 142 de 1994, que establece "*el régimen de los servicios públicos domiciliarios*" la cual contiene también un mandato de intervención estatal en los servicios públicos y señala los "*finés*" de dicha intervención (art. 2° de la ley 142 de 1994) así como "*los instrumentos*" para el desarrollo de la misma (art. 3° de la ley 142 de 1994).

1.2.2.2. La Regulación Administrativa: Una Nueva Forma de Intervención del Estado en la Economía.¹⁸

De manera general, se puede decir que el concepto de regulación adquirió importancia debido al cambio del modelo proteccionista de desarrollo por el de apertura económica. En este sentido, es importante subrayar, que esta función regulatoria presenta gran desarrollo, pues señala el comienzo de una transición del Estado empresario o Estado interventor al denominado Estado Regulador.

¹⁸ Para efectos de un desarrollo claro de este trabajo de grado, se pretenderá exponer el concepto de regulación, en sentido estricto, es decir, como una expresión de las facultades del poder de dirección de la economía en cabeza de la administración, derivados del proceso de deslegalización. Es importante tener presente que la adopción de este concepto de regulación, es muy debatido y presenta algunas confusiones con respecto al concepto de reglamentación. El Doctor Miranda y el Doctor Márquez, en su documento ya precitado, dicen al respecto: "*(...) Así mismo, encontramos que el término regulación es anfibológico, no tiene un sustento semántico claro, se le atribuyen distintos significados en cada legislación, y por ello su funcionalidad jurídica resulta débil.*" Pag 20.

Por tanto, el concepto de regulación concebido en sentido estricto, se estableció como una nueva forma de intervención del Estado en la economía, es decir, como aquel poder de dirección de la economía otorgado especialmente a la administración,¹⁹ para propiciar entre otros fines la libre competencia económica, una dirección técnica y una potestad de policía. Adicionalmente, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional, la regulación se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales del Estado (Preámbulo, artículos 1, 2, 333, 334, 365, 367 y 370 CP).²⁰

La sentencia C-150 del 25 de Febrero de 2003, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa indicó los siguientes lineamientos con respecto a la función estatal de regulación:

La función estatal de regulación, *"(...) obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia ya que dicha función, está*

¹⁹ " El concepto de regulación nace vinculado a la creación de nuevos sistemas de administración, los cuales responden a la necesidad de desligar al regulador del regulado en actividades de tipo económico. En este sentido, el constituyente o el legislador le atribuyen a la administración poderes de intervención que antes no le habían sido conferidas. Ello debido a que "hacia mediados del Siglo XX la noción tradicional del servicio público entra en crisis, y el modelo del Estado intervencionista propugnado hasta ese entonces, empieza a desaparecer, retornando a la filosofía política, jurídica y económica la idea postrevolucionaria francesa del 'Estado mínimo', lo cual se evidencia en el auge de las técnicas privatizadoras y de la liberalización de los servicios". MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. *Ibidem.*, Pag 21-22.

²⁰ Es importante traer a colación, lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C- 150 del 24 de Febrero de 2003, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, Expediente No. D-4194, el cual dijo al respecto: *"la función de regulación está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socio-económicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socio- económicas reguladas hacia los fines de interés general señalados por el constituyente y el legislador"*

segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo. Así mismo, esta función reviste gran trascendencia pues trata de proteger el desarrollo del mercado en un ámbito donde puede estar envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado”.

En este mismo pronunciamiento, vale la pena resaltar la referencia que se hizo entorno a los dos grandes tipos de órganos de regulación: primero, los de rango constitucional, entre los cuales se encuentra, por ejemplo, la Junta Directiva del Banco de la República como "*autoridad monetaria, crediticia y cambiaria*" entre otros , y segundo, los de creación legal a los cuales aluden expresiones abiertas como "*otras entidades del orden nacional*" (artículo 150, numeral 7, C.P.) y "*agencias del Estado*" (artículo 211 C.P.).

Es importante mencionar que "*una de las características principales de estos órganos de regulación especializados por áreas de actividad reside en su independencia y, en el caso de los que tienen rango constitucional, la propia Carta les reconoce autonomía, que es diferente y más amplia que la independencia(...)*".²¹ Esta clase de autoridad precisamente ha sido

²¹CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-150 de 2003, Magistrado Ponente : Manuel José Cepeda Espinosa; al respecto de la independencia dijo que : (...) *esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de una Estado democrático de derecho puesto que sus actos pueden ser revisables por los jueces, sus decisiones son objeto de debate político y legislativo en el Congreso o Parlamento correspondiente, el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades y sus integrantes y resoluciones están sujetas al escrutinio de los ciudadanos.*

"(...) específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socio-económico".

Las Comisiones de Regulación, son de aquellos órganos especializados por áreas de actividad (el numeral 7° del artículo 150 y Artículo 211 CN), que fueron creados por la Ley 142 de 1994; y tienen como función expedir regulaciones administrativas. Por tanto, esta clase de entes técnicos se enmarcan dentro del segundo grupo antes mencionado.

En sentencia C-1162 del 6 de septiembre del 2.000, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, Expediente No. D-2863, la Corte Constitucional expresó lo siguiente en relación con el concepto de regulación otorgado como función a las comisiones de regulación:

"(...) En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para "completar la ley", o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y pernicioso posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el

*principio de separación de funciones de los órganos del Estado (artículo 113 **Ibídem**), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (art. 150, numeral 10, C.P.) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas.*

La misma sentencia deja claro, que la facultad regulatoria de las comisiones, no es de naturaleza legislativa, pero tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República. Lo anterior por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (numeral 11 del artículo 189 y artículo 370 de la Carta Política). En este sentido, es importante mencionar que la potestad reglamentaria, es aquella función constitucional indelegable, otorgada al Presidente de la República en virtud del numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política el cual dispone lo siguiente: *"Corresponde al presidente (...) Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".*

Por tanto, la regulación, como función presidencial delegable en las comisiones de regulación (Artículo 370 de la Carta Política), debe estar acorde con una jerarquía normativa. Los actos administrativos, expedidos por las Comisiones de Regulación, ya sean de carácter general o particular, no implican una asunción de competencias legislativas ni potestades reglamentarias propias del presidente. Así, se puede decir, que esta clase de regulación administrativa, es una forma de intervención estatal en la economía que tiene entre otros fines, el de corregir las

fallas del mercado, delimitar el ejercicio de la libertad económica y preservar una libre competencia económica.

Es importante agregar en este punto, que la facultad de regulación no debe circunscribirse a una mera potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica. Lo anterior se justifica en que *"La finalidad de la regulación no sólo es imponer el mandato de una norma previa a través de actos administrativos sancionatorios, también implica desarrollar una actividad, por intermedio de mecanismos previamente establecidos, que implemente y logre el orden económico ya definido en la Constitución, con el objeto de lograr el equilibrio entre intereses generales y particulares en dónde no están plenamente definidos los derechos en conflicto. Así, podemos identificar la actividad reguladora de la administración como cierta actividad de policía y cierta actividad de la administración que busca el equilibrio entre intereses contrapuestos (...)." ²²*

A manera de conclusión, en el caso colombiano, la regulación forma parte de la posibilidad de intervención del Estado en la economía. Bajo esta óptica, la regulación en sentido estricto, consiste en la creación de normas que desarrollan los preceptos constitucionales y legales, por parte de las autoridades administrativas autorizadas para el efecto. Dentro de este lineamiento, como ya lo ha expresado la Corte Constitucional, la función de regulación *"(...) no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa*

²² MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo *Ibidem*, Pag 22.

empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor' (Gobierno Nacional. Exposición de Motivos al proyecto de Ley 135 Senado. Gaceta del Congreso N° 162 de 17 de noviembre de 1992 p. 21. Se subraya)." ²³

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 1162 ., 6 de Septiembre del 2000., Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández ., Expediente No. D-2863.

1.3 Capítulo 3: La Intervención del Estado en los Servicios Públicos Domiciliarios: Régimen legal y Regulación Administrativa.

El constituyente de 1991, diseñó un marco constitucional detallado en materia de servicios públicos.²⁴ Tal marco lo componen algunos principios fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución, algunos derechos específicos consagrados en el Título II de la misma (Art. 48, 49, 64, 67 y 78 de la C.P.), normas del Título XII que hacen referencia al régimen económico y de hacienda pública (Art. 333 y 334 de la C.P.), mencionando de manera especial el capítulo 5 el cual se titula "*De la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos*".

Dentro de este contexto, uno de los aspectos sobresalientes de la Constitución de 1991 consiste en haber destacado, dentro del universo de servicios públicos, una especie: los servicios públicos domiciliarios; reconocimiento expreso el cual se consagra en los artículos 367, 368, 369 y 370 de la Constitución.²⁵ Más adelante, se hará referencia sobre las características específicas de este tipo de servicios. No obstante lo anterior, es conveniente adelantar lo que ha expresado la Corte Constitucional al respecto:²⁶

²⁴ La noción de servicio público la encontramos en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 753 de 1956, que establece: "*Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continúa, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas*".

²⁵ PALACIO MEJÍA, Hugo. *El Derecho de los Servicios Públicos*. Editorial Derecho Vigente S.A., Bogotá., 1999., Pág 36 -37

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 389., 22 de Mayo del 2002., Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernandez ., Expediente No. D- 3805.

"(...) por servicios públicos domiciliarios se deben entender aquellos servicios públicos que se prestan a través de sistemas 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 [12]. Condición especial de estos servicios públicos que implica que su regulación deba someterse a la Constitución y también a una determinación previa y específica del legislador (C.P. art. 367, 369 y 370)."

Bajo esta óptica de análisis, conforme al artículo 334 de la Constitución, se establece que el Estado interviene en los servicios públicos, pero esa intervención la hace bajo los parámetros del artículo 365 de la Carta, esto es bajo el ejercicio de la función de regulación, control y vigilancia. Por otro lado, el Estado interviene en la prestación directa de los servicios públicos en competencia con los particulares (Artículo 365 y 367 de la Constitución).²⁷

Dentro de este contexto, uno de los fundamentos de la intervención del Estado en la economía, particularmente en el tema de los servicios públicos, se debe a su connotación social. De esta forma, el inciso 1 del artículo 365 de la carta política precisó: *"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."*; y más adelante señaló en el Art. 366 de la misma expresó lo siguiente: *" El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la*

²⁷ MORENO, Luis Ferney. *Servicios Públicos Domiciliarios: Perspectivas del Derecho Económico*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001., Pag 45.

población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable".

La Corte Constitucional reafirmó estos preceptos constitucionales, en Sentencia C- 389 de 2002, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, en la cual se indicó:

Los servicios públicos, "tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes; su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; por razones de soberanía o de interés social el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad; su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales; y, finalmente el pago de los subsidios a los estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales"

Refiriéndose a los servicios públicos la misma sentencia añadió:

"El contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas. Por lo tanto, "la idea de tales

servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. 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.”[11]. Connotación esencial de estos servicios públicos que se consagró expresamente en el artículo 4° de la Ley 142 de 1994, para efectos de lo establecido en el inciso primero del artículo 56 de la Carta.”

Por otro lado, adicionalmente al carácter social inherente a los servicios públicos domiciliarios, la Carta Política expresa claramente que la prestación de los servicios públicos no se realice solamente de manera directa y exclusiva por el Estado, sino también por comunidades organizadas o particulares. De esta forma, el constituyente de 1991 en el artículo 365 de la Carta, dispuso la posibilidad de la libre concurrencia en los servicios públicos. Así las cosas, la participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, está en armonía con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución que estipula la libre iniciativa privada y la libre competencia económica, consagrando esta última como un derecho colectivo susceptible de protección. La Corte Constitucional, en Sentencia C- 389 de 2002, expresó:

"(...) De manera que para la prestación de los servicios públicos, se permite la concurrencia tanto de particulares como del Estado, reservándose éste, de todas maneras, la regulación, el control y la vigilancia de dicha actividad (CP art. 365). Lo anterior, dado que según el artículo 334 Superior, la dirección general de la economía estará a cargo del Estado quien intervendrá, por mandato de la ley, en las áreas allí determinadas, entre ellas la relativa a los servicios públicos".

Por tanto, con la Constitución de 1991, se da paso a un sistema de titularidad no pública de los servicios públicos. Antes de esta Carta Política, el Estado, en sus diferentes niveles de descentralización administrativa, era el encargado de prestar los servicios públicos, de manera directa o a través de prestadores especializados o a través de la figura de la concesión o *publicatio*. A partir de 1991, el Estado emprende la metamorfosis de un estado empresario, encargado de la provisión de los servicios públicos, a un estado regulador, donde las funciones para la prestación de los mismos, son también de la empresa privada.

Con base en lo anterior, y como desarrollo de los artículos 365 y 366 de la Constitución Política, el régimen de servicios públicos (contenido fundamentalmente en la Ley 142 de 1994) se somete a los principios de la libre competencia y entrada al mercado, por lo cual es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de ésta clase de

servicios, dentro de los límites de la constitución y la ley (Artículo 10 de la Ley 142 de 1994).²⁸

A manera de conclusión, es claro entonces, que el Estado mantiene las funciones de regulación,²⁹ control y vigilancia; y la facultad de intervención, por medio de la ley, de forma que se asegure el cumplimiento de las finalidades sociales dentro de un contexto de Estado Social de Derecho (artículo 334, 365, 366, 367, 369). Adicionalmente, el Estado puede intervenir como prestador del servicio en competencia con los particulares. Por otro lado, queda claro, que la intervención Estatal en materia de servicios públicos, no sólo se fundamenta en garantizar el cumplimiento de los fines sociales, sino también para corregir las imperfecciones del mercado con miras a obtener una sana competencia económica.

²⁸ VALENCIA AGUDELO, Dario. Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: *El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia*, Revista No. 18, Universidad EAFIT, <http://www.eafit.edu.co/EafitCn/Administracion/Pregrados/Economia/revista> - / ANDESCO- CEDE, *Análisis de la Evolución de los Servicios Públicos Domiciliarios durante la última década*. Acueducto y Alcantarillado. Diciembre de 2004. En estos textos se expone el cambio que se dio con la constitución de 1991. Es importante destacar un extracto del primer documento mencionado, el cual describe como "*durante la década de los noventa, la mayoría de países con economías de mercado redefinieron el papel del Estado en la prestación de los servicios públicos a la población. En esencia, los antiguos monopolios estatales fueron reemplazados por estructuras de mercado con participación de capitales privados en un ambiente de competencia. Los gobiernos reorientaron su participación en los mercados, transfiriendo en parte al sector privado la prestación de los servicios y asumiendo más activamente el papel de reguladores y vigilantes de los prestadores. La definición de este nuevo enfoque se debió tanto a la necesidad de atraer nuevos capitales para la ampliación y modernización de la infraestructura existente, como a la existencia generalizada de una nueva concepción del Estado que abogaba por la reducción de su tamaño y por una mayor importancia del papel del mercado en la asignación de los recursos(...).*"

²⁹ Al respecto se ha dicho que la titularidad de la regulación, pertenece al Estado y de ninguna manera a órganos mixtos o a asociaciones o gremios particulares ya que el propósito de la norma fue el de impedir la captura del regulador por parte de las personas reguladas. PALACIO MEJÍA, Hugo. *El Derecho de los Servicios Públicos*. Editorial Derecho Vigente S.A. Bogotá, 1999, Pág. 60.

1.3.1 Régimen legal: la ley 142 de 1994 como ejemplo de un instrumento de la intervención del Estado en la Economía.

De acuerdo con los preceptos constitucionales, el régimen jurídico de los servicios públicos, corresponde fijarlo al legislador pues así lo dispone el artículo 365 en concordancia con el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución. Así mismo, corresponde al congreso crear las reglas de intervención del Estado en esta materia (Artículo 334 de la Carta Política).

Trayendo a colación, lo dicho en la sentencia C- 150 de 2003, fue precisamente la Constitución la que atribuyó el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos. Lo anterior, como expresión del principio democrático, el cual busca que el régimen de los servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios.

En este mismo sentido, el artículo 367 de la Carta Política, estableció una estipulación más específica para el tema de los servicios públicos domiciliarios ya que precisó lo siguiente:

"La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad

y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas".

De esta forma, la ley 142 de 1994, pretendió desarrollar los preceptos constitucionales sobre servicios públicos domiciliarios aplicándose a los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública (fija) básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural (Art. 1). Es importante mencionar la ley 143 de 1994, la cual creó normas especiales para el servicio de electricidad.

En efecto, "en uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, que con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 Superiores, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna,

salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad" ³⁰.

Por tanto, la ley 142 de 1994, se concibe como un instrumento para alcanzar los objetivos de eficiencia y equidad.³¹ En este sentido, la ley pretende organizar la intervención del Estado en el sector de los servicios públicos, proteger la competencia entre otros objetivos, desarrollando ante todo los preceptos constitucionales de 1991.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C- 150 de 2003 ya precitada, expresó lo siguiente refiriéndose a la potestad del legislador para la configuración del régimen jurídico de los servicios públicos:

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-389 de 2002; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández., Expediente No. D- 3805.

³¹ *El propósito general de la ley 142 de 1994 es lograr eficiencia y equidad en la prestación de los servicios públicos. La ley supone, con base en la teoría económica, que, por regla general, la eficiencia se alcanza en la medida en que se permita que haya muchos proveedores de servicios públicos que puedan competir con libertad y lealmente, por el favor de usuarios libre y bien informados. Con base en otras disciplinas académicas y en reflexiones morales se considera que la equidad se alcanza en la medida que se otorguen subsidios a las personas de menores ingresos(...)* PALACIO MEJÍA, Hugo. *El Derecho de los Servicios Públicos*. Ibídem. Pag 156.

"(...) el legislador determinó el régimen de su prestación, adoptó un mandato de intervención y confió a unos órganos específicos, denominados comisiones de regulación, la responsabilidad de hacer cumplir el régimen legal. Por ello, la Corte recordará las características de la reserva de ley en materia de intervención estatal en la economía, en especial cuando ésta comprende la regulación de servicios públicos, puesto que, como se dijo, en estas materias, el legislador no está limitado a fijar un marco general sino que debe adoptar las decisiones necesarias para definir el régimen de la regulación".

Entre las potestades conferidas al legislador, se le permitió la creación de las denominadas comisiones de regulación, consagradas en el capítulo 3, dentro del título V denominado " *De la Regulación, Control y Vigilancia del Estado en Los Servicios Públicos*" de la ley 142 de 1994, la cual se explicará en el siguiente acápite.

1.3.2. La Función Regulatoria de las Comisiones de Regulación.

En primera instancia, es importante considerar en sentido estricto, el concepto de regulación, como la creación de normas que desarrollan los preceptos constitucionales y legales, por parte de las autoridades administrativas autorizadas para el efecto.³² Dentro de este contexto, las comisiones de regulación, son una

³² MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR Pablo. *Ibíd.*

de las autoridades administrativas autorizadas para realizar la función regulatoria en el tema de servicios públicos domiciliarios.

En efecto, las comisiones de regulación, fueron concebidas como entes técnicos, las cuales tienen una función delegada por el Presidente, de señalar de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (artículo 370 de la CN y artículo 68 de la ley 142 de 1994).³³

En concordancia con el numeral 7 del artículo 150 de la Carta Política, el congreso, por medio de la Ley 142 de 1994, creó las comisiones de regulación de servicios públicos (Art. 69). Así, estas entidades aparecen como *“unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio”*, haciendo parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998).

El artículo 73 de la Ley 142 de 1994, señala que las comisiones tienen como fin promover la libre competencia y regular los monopolios, en orden a una prestación eficiente de los servicios públicos. Por tanto, las comisiones de regulación, se

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-272 ., 3 de Junio de 1998., Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero., Expediente No. D-1880. En este pronunciamiento, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, disposición que autoriza al Presidente de la República a delegar en las Comisiones de Regulación el señalamiento de políticas generales de gestión y control de eficiencia de la prestación de servicios públicos domiciliarios. La Corte sostuvo que dicha norma no vulneraba los requisitos exigidos por la Carta para la delegación de funciones presidenciales.

consagran como entes especializados, siendo el resultado de un nuevo modelo económico mundial, cuyas bases fueron incorporadas en la Constitución de 1991 y orientan la ley 142 de 1994. Estos lineamientos pretenden favorecer la competencia en sectores tradicionalmente dominados por monopolios públicos, teniendo como uno de los fines fundamentales, el estimular la eficiencia económica en beneficio de los usuarios y de la economía en general.

La función regulatoria, que cumplen esta clase de entes, se constituye en una nueva forma de intervención del Estado en la economía. De acuerdo con el artículo 14.18 de la ley 142 de 1994, la regulación de los servicios públicos domiciliarios *es la facultad de dictar normas de carácter general para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.*

Así las cosas, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la Ley, con los Decretos Reglamentarios que expida el Presidente y con las políticas que fije el gobierno nacional en la respectiva área; dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia.³⁴

La Corte Constitucional, en Sentencia C-1162 del 6 de septiembre del 2.000, con

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-389 de 2002; M.P. Clara Inés Vargas Hernández, precitada.

ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, expresó en relación con el concepto de regulación en materia de servicios públicos domiciliarios, como una nueva forma de intervención estatal en la economía. Bajo esta óptica, la regulación se refiere a la fijación de políticas generales, con arreglo a ley, en dos materias muy precisas: administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (Artículo 370 de la Carta Política). Dentro de este contexto, como se dijo con anterioridad, la regulación no se asimila a una función legislativa ni a la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República. En este sentido, los actos administrativos de regulación que expiden las comisiones de regulación, se encuentran enmarcados dentro de una jerarquía normativa. Por tanto, deben someterse a la Constitución, a Ley, y a los Reglamentos. La mencionada sentencia al respecto expresó lo siguiente:

“Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros”.

En Sentencia C-150 de 2003, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda

Espinosa, la Corte Constitucional volvió a corroborar el concepto de regulación, como un mecanismo de intervención del Estado en la economía. Adicionalmente analizó dos clases de fines que debía buscar esta función regulatoria. El primero se refería a garantizar *la efectividad de los principios del Estado social de derecho*; En este sentido precisó lo siguiente:

"(...) la Carta indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 inc. primero de la C.P.), lo cual comprende el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 inc. primero de la C.P.). No podía ser de otra forma dado que, por una parte, la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos –p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc.– y que, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso".

La segunda clase de fines que debía cumplir la función regulatoria giraba en torno a la *corrección de las fallas del mercado*. Así lo manifestó la Corte Constitucional:

"La Constitución contempla que el adecuado funcionamiento del mercado, también es uno de los fines que el Estado persigue por medio de la regulación económica. En efecto, el artículo 333 de la Carta prevé que "[l]a libre competencia económica

es un derecho de todos que supone responsabilidades", prescripción que debe ser interpretada en conjunto con el mandato del artículo 334, según el cual el Estado intervendrá para racionalizar la economía, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad.

(...)Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.

La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema.³⁵ Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por

³⁵ *Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes "fallas de mercado", ver: Stephen Breyer. Regulation and its Reform. Harvard University Press. Cambridge, 1982; Richard J. Pierce, JR. and Ernest Gellhorn, Regulated Industries. West Publishing Co, 1994; y Jeffrey L. Harrison. Regulation and Deregulation. Cases and Materials. West Publishing Co. ST. Paul, Minn, 1997.*

algunas personas en perjuicio de otras.

Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información³⁶, oferta limitada y abuso de posición dominante³⁷, bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente³⁸, barreras de ingreso al mercado³⁹, externalidades⁴⁰,

³⁶ *Por ejemplo, la Corte ha puesto de presente que el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Constitución permite la existencia de bases de datos, cuya finalidad es garantizar la posibilidad de acceder a información relevante para el mercado. En efecto, "la información veraz en materia financiera protege la estabilidad del sector, pues el otorgamiento de créditos es una actividad que implica riesgos, y por ello es legítimo que las entidades financieras busquen conocer el comportamiento pasado de los aspirantes a préstamos". Sentencia C-687 de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett (En esta sentencia, la Corte declaró inexecutable el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, el cual fijaba un término de caducidad de los datos financieros negativos de los deudores. La Corte consideró que tal asunto regulaba directamente el derecho fundamental al habeas data, razón por la cual, al ser una ley ordinaria, violaba la reserva de ley estatutaria). No obstante, "la consagración de un término de caducidad del dato financiero regula estructuralmente el habeas data en materia financiera, pues establece las condiciones de tiempo en que las personas pueden exigir que sea removida una información negativa, que figura en una determinada base de datos" (Ibídem).*

³⁷ *Por ejemplo, en la Sentencia T-375 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte concedió una tutela interpuesta por un fabricante de velas que había interpuesto una queja de carácter comercial contra la accionada, razón por la cual ésta le había suspendido el suministro de la materia prima (parafina) que requería para la elaboración de las velas. Esta Corporación constató que en la región sólo la accionada distribuía parafina, de manera que la suspensión en el suministro, implicaba para el accionante la imposibilidad de continuar con su actividad económica. La Corte sostuvo: "La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art., 333)".*

³⁸ *Por ejemplo, en la Sentencia T-604 de 1992; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional decidió una tutela interpuesta por un accionante residente en una zona periférica de una ciudad que consideraba que la omisión de la empresa transportadora encargada de prestar*

competencia destructiva⁴¹ entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas

ese servicio público vulneraba su derecho a la libre locomoción, pues no recorría toda la ruta asignada. La empresa prestadora del servicio argumentó que no recorría el último tramo de la ruta asignada debido a que no era rentable. Esta Corporación sostuvo que el transporte público era necesario para garantizar la vigencia de varios derechos fundamentales, que la ruta en su totalidad era rentable y que por lo tanto la empresa tenía la obligación constitucional de cubrir el recorrido completo.

³⁹ *Por ejemplo, en la Sentencia T-425 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), la Corte conoció de una tutela interpuesta por un accionante a quien se le había prohibido tener máquinas de juegos electrónicos en un establecimiento de comercio, de acuerdo con las normas locales expedidas por el concejo municipal respectivo. La Corte sostuvo que sólo el Congreso tiene facultades para limitar la libertad económica de los ciudadanos.*

⁴⁰ *Por ejemplo, en la Sentencia T-437 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte concedió la tutela interpuesta por una accionante cuyo vecindario era utilizado como terminal de una empresa de transporte. Una de las razones que acompañaron la decisión consistió en que "la empresa accionada utiliza el espacio público, de manera ilegítima y por fuera de lo contemplado en las normas pertinentes, para fines meramente privados –la realización de una actividad empresarial".*

funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad."

De conformidad con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la regulación, concebida como una forma de intervención del Estado en la economía, es deseable en tanto que ayude a corregir fallas del mercado, es decir, todas aquellas situaciones en las que el simple juego del mercado, no permite alcanzar la solución más óptima. Entre los fallos del mercado, se puede mencionar las externalidades, las asimetrías de información, los monopolios naturales entre otros. ⁴²Este enfoque reviste especial importancia para el análisis del siguiente título del trabajo, ya que el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, presenta características de monopolio natural, costos hundidos (*sunk costs*), problemas de información y externalidades. Lo anterior, se enmarca dentro de la teoría de las fallas del mercado, impidiendo el fácil acceso al mercado de competidores, y generando fuertes barreras de entrada y de salida en el mercado.

⁴¹ *Este tema ha sido estudiado por la Corte en sentencias de ratificación de tratados internacionales. Al respecto, consultar las sentencias C-178 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-334 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y C-581 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).*

⁴² MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación*. Realizado para las VII Jornadas Internacionales en Honor del Profesor Allan Brewer-Carias. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia- Cedec. Este documento hace una crítica de la posición sentada por la Corte Constitucional sobre la teoría de las fallas del mercado como objetivo de la regulación. Hace mención a las deficiencias de la intervención pública o fallos de la regulación. Adicionalmente, se presentan las nuevas tendencias de la regulación y se expone la teoría de la escuela austriaca.

TITULO II

EL CASO PARTICULAR:" EL ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO".

2.1. Capítulo I: El Sector de Acueducto y Alcantarillado

2.1.1. Definición jurídica del Agua: ¿Bien Público o Bien económico?-

Los desarrollos normativos a los preceptos constitucionales entorno al agua, han tocado dos aspectos : ⁴³

Por un lado, se ha definido el agua, como recurso natural renovable ubicándolo dentro de los bienes públicos o de la nación (Art.63, 102 Constitución Política de Colombia; Art. 80, 82 , 674, 677 del Código Civil, Art. 83 del Decreto-Ley 2811 de 1974, Ley 99 de 1993 entre otros) y por otro lado se ha tratado el agua como un bien económico, que se comporta como cualquier otro bien en el mercado, objeto de apropiación por parte de los individuos y con un valor asignado de mercado o de escasez.

⁴³ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *El Estado del Arte de la Regulación en el Sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Tercer Mundo Editores, Bogotá, Colombia . Enero 2001 Pág. 35.

La primera definición es la predominante con un arraigo constitucional y legal a lo largo de la historia de Colombia. No obstante lo anterior, el hecho de ser considerada como un bien público o de la nación ha permitido un uso indiscriminado y ha puesto el recurso en riesgo de agotamiento. Así, el régimen de propiedad del agua como pública no sólo plantea un problema económico con respecto a su valoración sino también político y jurídico por las restricciones y limitaciones de acceso a su uso.

Teniendo en cuenta lo anterior, existe cierto grado de confusión pues en algunos casos la legislación toca alguno o los dos aspectos del agua es decir como recurso natural propiedad de la nación o como bien económico sin que haya claridad expresa de estos conceptos en el tema de los Servicios Públicos Domiciliarios.

La Carta Política de 1991, creó, los Servicios Públicos Domiciliarios siendo actividades organizadas para permitir el disfrute de ciertos bienes (*como el agua potable*) o servicios (*como el alcantarillado*) que se requieren para que el domicilio cumpla sus funciones de protección, intimidad y productividad del trabajo.

Dentro del Marco de la Ley 142 de 1994, el servicio de acueducto y alcantarillado se define como un servicio público domiciliario de carácter esencial. Jurídicamente, significa que estos servicios públicos domiciliarios están destinados a satisfacer necesidades comunes e indispensables de los miembros de la sociedad.

Estos servicios marcan una diferencia con los otros servicios públicos que no son domiciliarios, en cuanto: ⁴⁴

- a) Son especie del género de servicios públicos y deben estar sujetos a unas reglas específicas que la constitución contiene para ellos. (Art. 367, 368, 369, 370 Constitución Política de Colombia).
- b) Se reciben en el domicilio, el cual es un atributo de la personalidad. De acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, los servicios públicos domiciliarios tiene un "*punto terminal*" que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario "*la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa*" (Sentencia T- 578 del 3 de Noviembre 1992, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Expediente No. T-1848).
- c) La prestación del servicio depende de que exista una cobertura física (Art. 367 Constitución Política de Colombia).
- d) Son susceptibles de controles objetivos de calidad y de eficiencia. (Art. 367 y 370 Constitución Política de Colombia).
- e) Tienen una naturaleza masiva y homogénea dentro de cada especie.
- f) Pueden ofrecerse a la población por medio de un régimen tarifario (la prestación es onerosa no gratuita siendo proporcional al beneficio recibido Art. 367 Constitución Política de Colombia).

⁴⁴ PALACIO MEJÍA, Hugo. *El Derecho de los Servicios Públicos*. Editorial Derecho Vigente S.A. Bogotá, 1999, Pág. 36 -37.

- g) Los bienes y servicios provistos por los servicios públicos domiciliarios pueden utilizarse en distintas cantidades mesurables pero el uso y consumo de ciertas cantidades mínimas son indispensables para atender las necesidades básicas.
- h) Las empresas pueden prestar estos servicios.

2.1.2. Definición económica del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado: *Bien público impuro de alta sensibilidad social.*⁴⁵

El servicio de acueducto se clasifica como un *bien público impuro* pues presenta una serie de características legales que no permiten clasificarlo en términos económicos como un bien público puro.⁴⁶ Hay rivalidad en el consumo (porque cuanto más cantidad de agua utilice una persona habrá menos agua para el consumo de otras) y es excluyente (porque es posible cortarle el servicio a quien no pague por él). En este mismo sentido, el servicio de alcantarillado, tanto en la recolección de aguas residuales como en su tratamiento, también se considera bien público impuro. No obstante lo anterior, existen fundamentos que justifican el control de estos servicios (Art. 4 de la Ley 142 de 1994) donde el servicio de acueducto y alcantarillado son clasificados como servicios públicos esenciales. Así

⁴⁵ Este acápite se basó fundamentalmente en el texto de COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *El Estado del Arte de la Regulación en el Sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Tercer Mundo Editores, Bogotá, Colombia, Enero 2001 Pág. 40 - 43.

⁴⁶ Los bienes públicos puros tienen dos propiedades: la no rivalidad - pues el consumo del bien por un consumidor no restringe el consumo de otro individuo- y la no exclusión ya que el costo de suministrar una unidad adicional del bien es muy bajo o nulo y por lo tanto no es deseable racionarlo, por tanto, quiere decir que todos deben disfrutar de este bien, o sea que no se puede excluir a nadie de usarlo o tenerlo. BANCO DE LA REPÚBLICA, *Guía Temática de Economía* <http://www.lablaa.org/ayudadetareas/economia/econo12.htm>, Fecha de consulta: 9 Marzo de 2005.

las cosas, la ley determina que ningún ciudadano puede ser excluido del acceso al servicio sin razón que lo justifique.

El agua potable (insumo del servicio público de acueducto), se clasifica como un recurso natural agotable que por sus características se constituye como un bien vital o bien mayor de alta sensibilidad social. Son de los denominados *bienes meritorios* pues crean una serie de externalidades ⁴⁷ positivas en el ambiente y en la salud pública, ya que los beneficios creados son más elevados que los beneficios reconocidos. Así por ejemplo, la disponibilidad de agua potable genera beneficios para la salud que cubre no sólo al individuo que tiene acceso a ella, sino que tiene efectos benéficos en toda la sociedad.

Unido a lo anterior, son claras las externalidades en salubridad provenientes de la adecuada disponibilidad de agua potable (*externalidad positiva*). Del lado de la evacuación de excretas, es claro también que la no disponibilidad de sistemas de evacuación y tratamiento de aguas residuales causa contaminación ambiental (*externalidades negativas*).

⁴⁷ *Existen externalidades cuando las empresas o individuos imponen costos o beneficios a otros fuera del mercado.* SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. *Economía*. Mc Graw-Hill, décimoquinta edición, Pag 32. *Se llaman externalidades o efectos externos - Effect Externe-, las actividades que generan una ventaja o desventaja, cuyos efectos recaen en una tercera persona la cual es ajena al intercambio entre otros agentes económicos. Los efectos son externos al sistema de precios y de mercado pues no están acompañados de una compensación monetaria. La polución es un ejemplo de una externalidad negativa o "déséconomies externes" pues ciertas personas tienen que soportar consecuencias negativas generadas por una actividad productiva sin que la empresa causante del perjuicio provea indemnización alguna. Por otro lado, se denomina externalidades positivas o "économie externe" cuando por ejemplo hay un mejoramiento del nivel general de educación de un país el cual beneficia a las empresas a pesar de que estas últimas no hayan financiado específicamente ese servicio.* CAPUL, Jean-Yves; GARNIER, Olivier, *Dictionnaire d'économie et de Science Sociales*, Hatier, Paris, Avril 1996, Pag 191-192. El extracto del texto fue traducido para efectos de este trabajo de grado por Ana María Salamanca V.

Finalmente, el agua potable es considerada, medio de consumo superior pues garantizan consumos sociales diversos, y son medio de consumo productivo ya que condicionan en términos de eficiencia, calidad y precio el desarrollo de la economía.

Por tanto, los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, son bienes públicos impuros de alta sensibilidad social. En este punto, es fundamental resaltar, que el agua potable se ha considerado como un bien mayor, vital para los seres humanos. Pronunciamientos de la Corte Constitucional, han expresado que el derecho al agua potable o servicio público de acueducto puede ser tutelable, por ser esencial para la vida y salud de las personas. En este sentido lo expresó el ente constitucional, en Sentencia T- 578 del 3 de Noviembre de 1992, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, expediente No. T- 1848.

“Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela”

2.1.3 Servicios Públicos que se constituyen en Monopolio Natural en el Sector de Acueducto y Alcantarillado. ⁴⁸

Dentro del contexto de promoción de la competencia que inspiró la Carta Política y la ley 142 de 1994, se estipula en el artículo 73 lo siguiente: "*Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea de hecho posible (...)*".

Precisamente en los servicios de acueducto y alcantarillado, nos encontramos frente a un monopolio natural que el estado tiene que entrar a regular.

2.1.3.1 Características del servicio público de acueducto

Según el numeral 22 artículo 14 de ley 142 de 1994, el servicio público domiciliario de acueducto, es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición.

Cuando el agua para consumo humano comenzó a proveerse a través de tuberías hasta cada domicilio el servicio tomo características de monopolio natural. Las

⁴⁸ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *El Estado del Arte de la Regulación en el Sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Tercer Mundo Editores., Bogotá, Colombia., Enero 2001 Pág. 35-56.

características propias del servicio de acueducto son de altos costos hundidos y economías de escala.

El monopolista se encuentra en una posición que le permite explotar al consumidor y no teme la entrada de otras empresas. La razón se debe, a que es antieconómica la duplicación de inversiones sobre todo si se tiene en cuenta que estas son en infraestructura en los segmentos de abastecimiento, tratamiento y distribución. Las redes de distribución son el elemento central del monopolio natural.

1.1.3.2 Características del servicio público de alcantarillado.

Según el numeral 23 del artículo 14 de la ley 142 de 1994 el servicio público de alcantarillado implica la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conducto. Los componentes de recolección y disposición final implican elevados costos hundidos y economías de escala.

Bajo esta óptica, los servicios de acueducto y alcantarillado son monopolios naturales ya que implican economías de escala pues requieren tecnologías específicas e inversiones no recuperables ⁴⁹.

⁴⁹ Un ejemplo de inversiones no recuperables son las redes de agua potable y alcantarillado que se constituyen como costos fijos hundidos elemento angular del monopolio natural. También se consideran una inversión no verificable que conlleva a un contrato incompleto e imposibilita diseñar mecanismos de revelación que permitan hacer observable el monto y las características de dichas inversiones. SAAVEDRA, Eduardo. BRUNA, Ronaldo. *Concesión versus Privatización de un Servicio Monopólico. ¿Hay Alguna Opción Estrictamente Dominante?* Pág. 2. Disponible en Internet <http://www.uv.es/bibsoc/GM/data/Papers/ilailadesinv145.html>. Fecha de Consulta: 15 Septiembre de 2004. Internet <http://www.uv.es/bibsoc/GM/data/Papers/ilailadesinv145.html>. Fecha de Consulta: 15 Septiembre de 2004.

Además por sus características técnicas e intrínsecas los costos totales de producción son menores cuando la producción esta a cargo de un único proveedor del servicio que cuando esta se divide entre uno o más proveedores.

2.2 Capitulo II: Monopolio Natural

El monopolio " viene de la palabra griega *Mono* que significa uno y *polista*, que significa vendedor."⁵⁰ En sentido general, se refiere a la existencia de una empresa o individuo que produce y vende toda la producción de una mercancía implicando una restricción de la oferta o la demanda, limitando la libre competencia económica. Es importante resaltar que el monopolio no siempre es abusivo, pues esta limitación puede nacer de las mismas condiciones de la industria, en cuyo caso el monopolio es *natural*, ó de intrigas de los particulares y trabas puestas por los Gobiernos, lo cual da origen a los monopolios *artificiales*.⁵¹

Así las cosas, los Monopolios Naturales son aquellos en los que hay economías a escala,⁵² cuyo sistema permite producir determinados bienes y servicios a un menor costo promedio. Una industria presenta características de monopolio natural cuando, el coste de producir una cierta cantidad de producto es menor cuando lo produce una única empresa que cuando lo producen varias. Por lo tanto, resulta antieconómico poseer más de una empresa que sirva a un área determinada y pareciera ser más eficiente, en algunos casos, que el Estado

⁵⁰ SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. *Economía*. Mc Graw-Hill, décimoquinta edición., Pag 154.

⁵¹ PIERNAS HURTADO, José. *Diccionario de Economía y Finanzas, Vocabulario de Economía.*, <http://www.eumed.net/cursecon/dic/jph/> Fecha de Consulta: 10 de Marzo de 2005.

⁵² La Economía de Escala puede ser definida como *los aumentos de la productividad o disminuciones del coste medio de producción, derivados del aumento de todos los factores de producción en la misma proporción*. SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. *Economía*. Mc Graw-Hill, décimoquinta edición, Pag 764.

conceda derechos de monopolio a ciertas empresas para la administración de dichos servicios.⁵³

En este sentido, los monopolios naturales se originan, cuando las inversiones específicas y de altos costos; y *"los requerimientos tecnológicos de un proceso productivo determinan que los costes medios sigan siendo decrecientes incluso cuando la producción es muy elevada. En ese caso, cuanto mayor sea la empresa, menores serán sus costes y más barato podrá vender. Las empresas más pequeñas, al tener costes comparativamente altos y no poder competir, se verán obligadas a cerrar y finalmente quedará una única empresa para suministrar a toda la demanda"*.⁵⁴

De esta forma y teniendo en cuenta el capítulo precedente, se consideran los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en su conjunto como ejemplos representativos de un monopolio natural; pues necesitan fuertes economías de escala con inversiones en infraestructura no recuperables. Adicionalmente, es importante considerar, que esta clase de servicios públicos, *"se caracterizan por ser de consumo masivo por parte de la población, requieren importantes costos de inversión (costos fijos)- como la construcción de infraestructura y la inversión que necesitan estos servicios es específica. Hay que agregar que estos servicios*

⁵³ BRAND, Salvador Osvaldo. *Diccionario de Economía*. Plaza & Janes Editores. 6 Edición, 2001 / FABRA , Natalia. Monopolio Natural Teoría de la Regulación, Universidad Carlos II de Madrid <http://www.eco.uc3m.es/~nfabra/Docencia/Regulacion/Transparencias/MONOPOLIO%20NATURAL.pdf> Fecha de Consulta 10 de Marzo de 2005.

⁵⁴MARTÍNEZ COLL, Juan Carlos (2001) *"Los mercados no competitivos"* en La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes. <http://www.eumed.net/cursecon/8/index.htm>., Edición del 26 de noviembre de 2004., Fecha de consulta: 10 de Marzo de 2005.

*públicos son políticamente sensibles y los hace tendientes a comportamientos oportunistas".*⁵⁵

Por tanto, el monopolio natural es una de las llamadas fallas del mercado lo cual justifica la intervención del estado en la economía. Un monopolio natural poco eficiente en la prestación de un servicio buscará compensar su ineficiencia y maximizar sus beneficios mediante el cobro de precios monopólicos con las consecuencias previsibles en la pérdida de bienestar de la población. Los efectos son realmente evidentes en el caso de los productos y servicios relacionados con el agua potable, caracterizados por una elasticidad de la demanda con respecto al precio relativamente baja, en particular en los niveles de consumo que corresponden a los estratos más bajos de la población.⁵⁶ Además, es importante resaltar que los usuarios de estos servicios públicos domiciliarios, suelen ser cautivos ya que no tienen otra alternativa que recibir el servicio.

Dentro de este contexto, y teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, el nuevo rol del Estado será intervenir y corregir las deficiencias o las fallas del mercado para restablecer las condiciones que hagan posible la eficiencia económica y el bienestar de la sociedad.

⁵⁵ UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA, Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Microeconomía Avanzada Notas Docentes, *Monopolio Natural y Regulación Económica*. <http://decon.edu.uy/~mito/cursos/microa/monopolio%20natural.pdf>, Fecha de Consulta: 10 de Marzo de 2005.

⁵⁶ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *El Estado del Arte de la Regulación en el Sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Tercer Mundo Editores, Bogotá, Colombia, Enero 2001 Pág. 88.

De esta forma, la regulación se justifica para regular los monopolios, incentivar la competencia donde sea posible, evitar los abusos de posición dominante, proteger a los inversionistas y operadores de estos servicios y proteger a los usuarios de precios excesivos o monopólicos no relacionados con los costos.

2.3 Capítulo III: Normatividad Jurídica y Regulación de los Servicios Públicos

Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado

2.3.1 Regulación en General:

En términos generales, la regulación se define como la forma de intervención del Estado con el fin de orientar la acción y las decisiones de los agentes en beneficio de los intereses sociales y colectivos. No obstante lo anterior, es necesario traer a colación, lo dicho al respecto en el Título I del presente trabajo de grado.

En este mismo orden de ideas, es fundamental recordar, la definición de regulación, dada por la Corte Constitucional:⁵⁷

"La regulación de los servicios públicos domiciliarios es la forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como de preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquellos y

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 1162 del 6 de Septiembre de 2000, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, Expediente No. T- 1848.

sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del gobierno, a través de los respectivos ministros. (...) Aquellas tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico -operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios."

Bajo este mismo lineamiento, la regulación económica ⁵⁸ se define como la acción del Estado con el fin de preservar las condiciones de competencia, proteger los derechos de los agentes e impedir la construcción de situaciones de privilegio. Es lo que se conoce como "*el principio de subrogación de los mercados*", pues en las actividades donde existe un monopolio natural el regulador actuaría como un sustituto del mercado adoptando algunas de las funciones de los competidores.

Es importante tener claro, que la función reguladora en ese orden no se entiende como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial sino como una actividad encaminada a desregular y eliminar barreras de la competencia, impedir el abuso de la posición dominante de los monopolios naturales y de las prácticas discriminatorios y desleales para el competidor.⁵⁹

⁵⁸ CORRALES, María Elena. *Modernización de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento*. Seminario Internacional de Regulación en Agua Potable y Saneamiento Básico. Bogotá , Octubre de 2001, Pág. 274.

⁵⁹ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *El Estado del Arte de la Regulación en el Sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Tercer Mundo Editores, Bogotá, Colombia , Enero 2001 Pág. 116.

Dentro del contexto de los servicios públicos domiciliarios, los encargados de esta función regulatoria son las denominadas comisiones de regulación.

2.3.2 Marco Institucional, Ente regulador en Colombia -Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- CRA.

A través de las comisiones de regulación, el presidente de la república ejercita el mandato constitucional que le da el artículo 370 de la Constitución Política de Colombia de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Un aporte de la ley 142 de 1994, en relación con la función de regulación, fue la creación de las diferentes comisiones de regulación como entidades especializadas en la regulación económica y de gestión.

El Decreto 1905 de 2000, modificó algunas normas y desarrolló los preceptos legales entorno al tema de la comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico - CRA-. De esta forma y teniendo en cuenta el Artículo 68, 69 y 70 de la ley 142 de 1994 se define como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al "*Ministerio de Desarrollo Económico*,"⁶⁰ cuya facultad es la de regular los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, mediante la expedición de normas de carácter general o particular, para someter la conducta de las personas

⁶⁰ A partir de la ley 790 de 2002, la CRA es adscrita al Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. El Decreto 216 de 2003 desarrolló la estructura orgánica des este nuevo Ministerio.

que prestan los mencionados servicios a las reglas, principios y deberes establecidos en la ley y en los reglamentos.

La comisión está conformada por el Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial quien la preside, el Ministro de Protección Social,⁶¹ el director de Departamento Nacional de Planeación, cuatro (4) expertos comisionados con dedicación exclusiva designados por el Presidente de la República para un periodo de 4 años, un (1) delegado de la superintendencia de servicios públicos con voz pero sin voto.

La comisión de regulación, será competente para regular temas del sector con miras a evitar los abusos monopolísticos, el abuso de la posición dominante y en general proteger la libertad de competencia. Su objetivo principal es el de proveer las condiciones para garantizar la prestación de los servicios públicos por parte del Estado, en un marco institucional que potencie las posibilidades del mercado y que asegure al mismo tiempo el logro de los objetivos de solidaridad, competitividad, sostenibilidad y fortalecimiento de la democracia participativa. Así lo manifestó el legislador en el Artículo 73 de la Ley 142 de 1994:

"Artículo 73 de la Ley 142 de 1994. Funciones y facultades generales las Comisiones de Regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de

⁶¹ Es importante tener en cuenta la modificación que introduce la ley 790 de 2002 por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública entre ellas la fusión de ministerios.

hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales”:

Con respecto a las funciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico así reza el numeral 2 del Artículo 74 de la ley 142 de 1994:

Artículo 74. Funciones especiales de las Comisiones de Regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes: (...)

74.2. De la Comisión de regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

a) “Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”

b) Establecer, por vía general, en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operación de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de Salud, en tal forma que se fortalezcan los mecanismos de control de calidad de agua potable por parte de las entidades competentes."

En resumen, las funciones de la comisión están dadas sobre los siguientes temas generales: regulación de monopolios y de la competencia, regulación tarifaria, regulación de la calidad y de la gestión empresarial. (Artículo. 73 y 74 No. 2 de la ley 142 de 1994).

Esta especialización de las comisiones de regulación es limitada puesto que existen varias entidades con injerencia en la regulación como por ejemplo el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (En lo referente al cumplimiento de los mandatos de la Comisión de Regulación, de la planificación sectorial, de la señalización requisitos técnicos y la aprobación de planes de gestión entre otros) y el Ministerio de Protección Social (resultante de la fusión entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud), siendo la entidad encargada de expedir las normas sobre calidad del agua para consumo humano y vigilar su cumplimiento.

Es trascendental mencionar que Colombia adoptó un modelo regulatorio que separa las funciones de regulación de las de vigilancia y control. La Constitución en su artículo 370, creó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como un organismo de control, vigilancia e inspección, el cual tiene entre otras funciones, las siguientes (Artículo 79 de la ley 142 de 1994):

- "1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos en cuanto su cumplimiento o no afecte en forma directa a los usuarios determinados.*
 - 2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios (...).*
 - 3. Dar conceptos no obligatorios, a petición de la parte interesada, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a que se refiere esta ley(...).*
 - 4. Establecer 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.*
 - 5. (...)*
 - 6. Dar concepto a las Comisiones de Regulación y los Ministerios sobre las medidas que se estudien en relación con los servicios públicos.*
- (...)"*

De esta forma, es la CRA el ente regulador que implementa el marco regulatorio del sector, promueve la competencia entre quienes prestan el servicio o regula los monopolios en la prestación de los mismos cuando la competencia no sea posible. Lo anterior, para que las operaciones entre los monopolistas y competidores, sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de la posición dominante y se produzcan servicios de calidad.

2.3.3 Las Diferentes clases de regulación ⁶²

Tratando de simplificar las actuaciones de la regulación, estas se pueden agrupar en dos frentes: por un lado se encuentra la regulación estructural, y por el otro, la regulación de conductas.

2.3.3.1 Regulación estructural

Este tipo de regulación tiene por objeto eliminar las conductas anti-competitivas ejerciendo un control directo sobre el entorno estructural de la empresa de servicios públicos. La idea es introducir cambios en su estructura o forma de organización que permita una competencia efectiva. (Desagregación vertical u horizontal, fusiones, secciones de mercado, promoción de la competencia etc.).

⁶² Este acápite se fundamentó en el texto de JOURAVLEV, Andrei. *Regulación de La Industria de Agua Potable, Volumen I: Necesidades de Información y Regulación Estructural*. Naciones Unidas, Cepal, Santiago de Chile, Diciembre de 2001, Pág. 13- 14.

La separación funcional incentiva la competencia en el mercado al separar los segmentos que ofrecen mayores posibilidades para la competencia.

2.3.3.2 Regulación por conductas

Este tipo de regulación se enfoca en los comportamientos de las empresas reguladas como por ejemplo regulación de precios, normas orientadas a prevenir prácticas restrictivas de la competencia, calidad de los servicios, regulación ambiental, inversiones etc. Este tipo de medidas de conducta, son las que inciden en la forma en que se ha de realizar la actividad regulada.

Los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado tienen como característica fundamental el ser monopolio natural, lo cual, hace que por su mismo funcionamiento, principalmente por la existencia de una gran intensidad de capital dado por la infraestructura -costos hundidos-, resulte menos atractivo el ingreso de nuevas empresas prestadoras de estos servicios. Por esta razón, en Colombia se ha venido usando la regulación de conductas para la promoción de la competencia.

Por tanto, en el caso concreto de este análisis, no se hablara de competencia en el mercado sino competencia por el mercado a través de la regulación por contratos de concesión. Esta es una opción, cuando no es posible la competencia directa en el mercado.

2.3.3.2.1 La regulación por contrato o competencia por el mercado

“*Franchising*” o competencia por el mercado es una idea que se presenta en Europa, principalmente en el Reino Unido a mediados del siglo XIX. La idea central es que, en condiciones de monopolio natural, un solo operador prestará el servicio aunque existan varios operadores en condiciones de hacerlo. A fin de explotar la competencia entre los productores potenciales, el regulador anuncia que aceptará ofertas no colusorias de todas las partes que cumplan con los requisitos necesarios y adjudicará el contrato al competidor que ofrezca las condiciones más ventajosas. El ganador se convertirá en el monopolista.⁶³

Este mecanismo, promueve de alguna forma la competencia siendo una especie de regulación más específica plasmada en el contrato de concesión. El punto a resolver es cómo una licitación puede ayudar a obtener mejores términos para la autoridad concedente, logrando competencia “*por el mercado*” que supla lo más posible la posterior ausencia de competencia “*en el mercado*”.⁶⁴

⁶³ JOURAVLEV, Andrei. *Regulación de la Industria de Agua Potable . Volumen I: Necesidades de Información y Regulación Estructural*. Naciones Unidas. Cepal. Santiago de Chile , Diciembre de 2001. Pag 23. y JOURAVLEV, Andrei. *Acceso a la información : Una tarea pendiente para la regulación en Latinoamérica*. Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile, Agosto de 2003, Pág.55.

⁶⁴ Ley 142 de 1994, Artículo 35. *Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.*

De acuerdo con el Artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, el cual preconiza que los servicios públicos *podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares*; el numeral 1 del artículo 5 de la ley 142 de 1994 reza así:

“Artículo 5°. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.”

Por tanto, en el caso de que el municipio decida garantizar la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado de forma indirecta a través de terceros, es cuando cobra vigencia, los contratos de concesión a través de la promoción de la competencia por el mercado.

En este tipo de contratos el municipio sería el concedente y el contrato debe estar dentro de los límites establecidos en la regulación actual.

2.3.4. Normatividad Jurídica en Colombia del Contrato de Concesión en el ámbito del Servicio Público de Acueducto y Alcantarillado

Para un mejor desarrollo del presente trabajo de grado, se procederá al análisis de las normas generales a las particulares en torno al tema de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, concentrándose en el tema del contrato de concesión cuando se otorgan áreas de servicios exclusivo.

2.3.4.1 Ley 80 de 1993: "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".⁶⁵

El Estatuto de Contratación Estatal es una ley de principios caracterizada por tener un régimen jurídico mixto en la cual se diferencian dos etapas dentro de la actividad contractual:

- La etapa precontractual que tiene que ver con los procesos de formación de la voluntad del estado el régimen jurídico es el derecho público.
- La etapa poscontractual que nace a partir de la suscripción del contrato, donde entra en vigor el derecho privado con el postulado de la autonomía de la voluntad privada. (art. 13 de la ley 80).

⁶⁵ Este acápite se fundamentó en el texto de DAVILA VINUEZA , Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica de la Ley 80 de 1993*, Editorial Legis, Primera Edición, Bogotá 2001, Pág. 770.

El Artículo 32 de la ley 80 de 1993 enuncia una serie de contratos estatales entre ellos el contrato de concesión:

“Artículo 32. De los contratos estatales. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

(...) 4o. Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (...)

PARAGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro

ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. (.....)

La fórmula concesional se "*concibe por la necesidad de estimular la inversión privada en diversos proyectos de infraestructura como complemento indispensable de los recursos públicos destinados a este fin*" ⁶⁶ vinculados al interés general. El contratista es un colaborador del Estado. Así, se puede observar que en esta norma hay diferentes modalidades de concesión:

- Concesión de servicios públicos para su prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial.
- Concesión de obra o de bien destinados al servicio o uso público, para su construcción, explotación total o parcial.
- Concesión de bienes estatales.

Si se concibe la concesión como una especie de contrato estatal, entonces se supone el sometimiento a las reglas y principios de los contratos estatales.

Adicionalmente es importante tener en cuenta la aplicación del numeral 2 Artículo 14 de la Ley 80 de 1993 cuyo tenor literario establece:

⁶⁶ DAVILA VINUEZA , Ibidem Pág. 714- 715

Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...)

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

La ley 80 de 1993 preconiza para cierto tipo de contratos especiales más que una excepción total al estatuto, una exclusión de algunas de las disposiciones de la ley 80 de 1993 o la aplicación de una serie de normas especiales, como las que a continuación se exponen:⁶⁷

- a) Las incluidas en la ley 80 de 1993: inciso 4° del artículo. 13, parágrafo 1 del artículo 32, artículo. 38 y artículo. 76.
- b) Las posteriores a la ley 80 de 1993, entre estas la ley 142 de 1994.

⁶⁷ DÁVILA VINUEZA , Ibídem. Pág. 32- 33.

2.3.4.2 Ley 142 de 1994: "Por el cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."

La ley 142 de 1994 tuvo como piedra angular, los artículos 333, 334, 365, 366, 367, 368, 369 y 370 de la Constitución Política de Colombia. La ley 142 de 1994, pretendió desarrollar los preceptos constitucionales sobre servicios públicos domiciliarios aplicándose a los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública (fija) básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural (Art. 1). Lo anterior, trayendo a colación los acápites anteriores, en donde se analizó el régimen legal y la regulación de los servicios públicos domiciliarios.

En este punto, es fundamental mencionar algunos aspectos del cuerpo normativo de la ley 142 de 1994. Es importante destacar, que la ley abarca principios que desarrollan varios preceptos de la constitucionales, como la libre competencia económica, la libertad de empresa, la función social de la propiedad, los derechos de los usuarios, la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales, y los instrumentos de intervención del Estado en los servicios públicos.

Así las cosas, en el cuerpo normativo de la ley 142 de 1994, también se puede evidenciar, disposiciones sobre la composición del mercado de los servicios públicos, es decir, es posible identificar las personas que hacen la oferta

(*personas prestadoras*), las personas que hacen la demanda (*personas usuarias*), el precio (*tarifa*) y la estructura de mercado. Adicionalmente, en la ley 142 de 1994, se encuentran preceptos que estipulan la distribución de competencias de las autoridades que intervienen en la ordenación del mercado.⁶⁸

Para el cabal desarrollo del presente trabajo de grado, sólo se hará una serie de precisiones en el tema de las tarifas y de las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios teniendo en cuenta el régimen en el que se desenvuelven.

En cuanto al régimen tarifario se refiere, este de rige por los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera, neutralidad, solidaridad, redistribución, transparencia, competencia entre otros. (Artículo 367 Constitución de Colombia, Artículo 86, 87, 88 de la ley 142 de 1994). Bajo esta óptica, es importante mencionar, que el sistema tarifario en los servicios públicos de acueducto y alcantarillado se encuentra bajo el régimen de la libertad regulada.⁶⁹

Por otro lado, la Constitución de 1991, da paso a un sistema de titularidad no pública del los servicios públicos. Por tanto, los particulares también tienen como

⁶⁸ MORENO, Luis Ferney. *Ibíd.*, Pag 50 -51.

⁶⁹ Artículo. 14 No. 10 de la ley 142 de 1994 y Resolución CRA 151 de 2001, Sección 1.3.9 Artículo 1.3.9.1. Libertad Regulada: Régimen de tarifas mediante el cual la comisión respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos pueden determinar o modificar los principios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor.

función la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En concordancia con el artículo 10 de la ley 142 de 1994, el cual consagra el principio de libertad de empresa, es menester mencionar a las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios, (Artículo 15 de la Ley 142 de 1994):

"Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

1. *Las empresas de servicios públicos.*
2. *Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.*
3. *Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
4. *Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.*
5. *Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.*
6. *Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando "*

Así, dentro del contexto de la libre competencia en la que se inspiró la ley 142 de 1994 se establece la regla general de la libertad de entrada:

“Artículo 22. Régimen de funcionamiento. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades.”

Complementariamente, las empresas no tienen un mercado cautivo ni una jurisdicción específica:

“Artículo 23. Ámbito territorial de operación. Las empresas de servicios públicos pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio.”

Bajo esta óptica de análisis, la regla general de aplicación para la gestión contractual de las entidades que prestan servicios públicos, es el régimen de derecho privado. Por tanto, se deben tener en cuenta los principios de interpretación establecidos en el artículo 30 de la ley 142 de 1994 cuyo tenor literario establece: ⁷⁰

⁷⁰ Ley 142 de 1994 Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.(...)

Artículo 30. Principios de interpretación. *Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que mas favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.*

Una excepción a lo anteriormente expuesto, es decir, a la libre entrada y a la aplicación del derecho privado, radica en los contratos de concesión para las áreas de servicio exclusivo, en el caso de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.

Así reza el Artículo 40 de la ley 142 de 1994:

“Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo. *Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que*

debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1°. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.

Parágrafo 2°. Derogado, Artículo. 7, Ley 286 de 1996.

Al establecerse la excepción a la libertad de entrada con la figura del área de servicio exclusivo, una autoridad encargará por medio de un contrato de concesión la prestación del servicio a una empresa la cual tendrá exclusividad temporal en un área específica.

2.3.4.3 Resolución de la CRA No. 151 de 2001 "Por el cual se expide la regulación integral del sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia".

Las normas expedidas por las comisiones de regulación se derivan de las facultades que consagró la constitución y el legislador en las diferentes áreas de su competencia con arreglo a las finalidades de intervención estatal.

La Resolución CRA - 151 de 2001, por el cual se expide la regulación integral del sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia, trae una serie de definiciones en su Capítulo 2 Sección 1.2.1 Artículo 1.2.1.1. Por tanto se mencionaran dos de ellas, las cuales interesan para el desarrollo claro del presente análisis.

Área de Servicio exclusivo: *Es un área otorgada por las entidades territoriales competentes a una persona prestadora del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado o aseo, mediante licitación pública, en la cual ninguna otra persona prestadora puede ofrecer los servicios objeto del contrato, durante un tiempo determinado.*

Contratos de Concesión *Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.*

Se resalta esta última definición, por cuanto es la misma del Artículo 32 de la ley 80 de 1993. Así, cuando en la resolución se mencione contratos de concesión, se entenderán los aludidos en la ley de contratación estatal.

A continuación se exponen las normas comunes a todos los servicios, donde se deja en claro que la regla general es la aplicación del régimen privado. La aplicación del procedimiento de licitación de la ley 80 de 1993, será para algunos contratos; entre ellos los que se celebren en virtud de las áreas de servicio exclusivo.

Artículo 1.3.2.1 Regla general en materia de contratación. De conformidad con lo establecido en los Artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren las personas prestadoras de servicios públicos se someten en cuanto a su formación, cláusulas y demás aspectos legales al régimen del derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley.

Artículo 1.3.2.2 Contratos que deben celebrarse por medio de Licitación Pública. Sólo se someten al procedimiento de licitación previsto en la Ley 80 de 1993 aquellos contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma.

A continuación, se mencionan los contratos especiales donde se estipula explícitamente los contratos de concesión para áreas de servicio exclusivo.

Sección 1. 3. 4

Promoción de la competencia

Artículo 1.3.4.9 Contratos Especiales para la Gestión de Servicios Públicos.

Para los efectos de la gestión de los servicios públicos las personas prestadoras de los servicios públicos a las cuales se les aplica la presente resolución, podrán celebrar contratos en ejercicio de la autonomía de la voluntad, entre otros, los siguientes contratos:

- a) Contrato de concesión de aguas.*
- b) Contrato de administración profesional de acciones.*
- c) Contratos de Concesión para prestar el servicio en áreas de servicio exclusivo (...)*

La sección siguiente, se extiende en la explicación y los requisitos para la concesión de áreas de servicio exclusivo.

Sección 1. 3. 7

Áreas de Servicio Exclusivo

Artículo 1.3.7.1 Contratos de entidades territoriales. *De conformidad con el párrafo 1 del Artículo 40 de la Ley 142 de 1994 los contratos que hayan de celebrar las entidades territoriales competentes para otorgar áreas de servicio exclusivo en la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, se regirán por las normas establecidas en la presente sección.*

Artículo 1.3.7.2 Tipo de contrato. *El otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo se hará siempre a través de contratos de concesión, previa la celebración de un proceso licitatorio. (...).*

Artículo 1.3.7.4 Entidad competente para contratar. *Las áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, sólo podrán ser otorgadas por las entidades territoriales competentes en desarrollo de las competencias asignadas por el Artículo 5 de la Ley 142 de 1994.*

PARÁGRAFO. *El otorgamiento de áreas de servicio exclusivo también podrá hacerse por varios municipios, que decidan hacerlo mediante un solo contrato.*

Artículo 1.3.7.5 Elemento tarifario. *Los proponentes deberán incluir en sus ofertas las fórmulas tarifarias que aplicarían, en cumplimiento de lo establecido por el inciso final del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico intervendrá cuando se presenten los eventos contemplados en el Parágrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994.*

Las modificaciones de la parte tarifaria de los contratos derivadas de las circunstancias descritas en el parágrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994 no darán derecho a indemnización.

Artículo 1.3.7.6 Condiciones para celebrar contratos en virtud de los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo. *Los contratos que incluyan cláusulas sobre*

áreas de servicio exclusivo, solo podrán celebrarse siempre que el representante legal de la entidad territorial competente demuestre:

- a) Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio a los estratos de menores ingresos y que con su otorgamiento se obtenga, directa o indirectamente, el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio; y*
- b) Que la organización de un área de servicio exclusivo produciría economías que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio a dichos usuarios.*

Artículo 1.3.7.7 Verificación de los motivos. *Para verificar el cumplimiento de estas condiciones, las entidades territoriales competentes interesadas deben hacer llegar a la Comisión, debidamente certificados por los funcionarios competentes, y antes de abrir licitaciones de contratos en los que se incluyan cláusulas para definir áreas de servicio exclusivo, un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera del área o áreas de servicio exclusivo potenciales, que tenga como objeto justificar la viabilidad, el número y distribución geográfica del área o áreas potencialmente viables.*

Dicho estudio deberá contener, por lo menos:

- a) Plano correspondiente al área o áreas que se establecerían como de servicio exclusivo.*
- b) Definición del número de usuarios de menores ingresos a los cuales se extendería el servicio, de acuerdo con la estratificación adoptada por el municipio.*

- c) *Estudios técnicos y económicos que sustenten la extensión de la cobertura a los estratos de menores ingresos.*
- d) *Monto presupuestado de los recursos a los que se refiere el literal a del artículo anterior.*
- e) *Copia del pliego de condiciones de la licitación y de la minuta del contrato.*
- f) *Financiación global del servicio.*

La Comisión se pronunciará en un término máximo de cuarenta (40) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la documentación completa, aquí establecida.

Artículo 1.3.7.8 Condiciones que deben llenar los contratos. *Los contratos de concesión en los cuales se incluya el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo a un empresario de servicios públicos deben referirse, por lo menos, a los siguientes aspectos:*

- a) *Determinación del ámbito geográfico. El contrato debe identificar, con toda precisión, por medio de un plano técnicamente elaborado, el ámbito geográfico para el cual se concederá la exclusividad en la prestación del servicio*
- b) *Cobertura. Número de usuarios por estratos a los que se proporcionará el servicio durante el plazo del contrato, y programas de expansión.*
- c) *Servicios a los cuales se extiende la exclusividad. Estos deben precisarse sin género de duda, atendiendo para ello, entre otros, a los criterios que surgen de los numerales 14.22, 14.23 y 14.24 de la Ley 142 de 1994.*
- d) *Forma en la cual se garantiza la exclusividad. Medidas que tomarán los contratantes, dentro de sus facultades legales, para hacer efectiva la exclusividad que se otorga al contratista. Las medidas deben tener relación directa y proporcional con este objetivo, y no deben implicar restricciones adicionales o innecesarias a la competencia.*

- e) *Calidad del servicio. Deben establecerse, con precisión, los niveles de calidad del servicio que debe garantizar el contratista a los usuarios, los cuales deben ser, por lo menos, iguales a los establecidos en la normatividad vigente.*
- f) *Plazo. El plazo que se pacte no puede ser indefinido y debe estar perfectamente determinado. En todo caso, para los servicios de acueducto y alcantarillado, no podrá ser superior a treinta (30) años; para el servicio de aseo, no podrá ser superior a los ocho (8) años.*
- g) *Obligaciones que el contratista asume respecto al servicio. Todas aquellas que según la ley, deben incluirse en las condiciones uniformes de los contratos, y aquellas especiales que quisiera imponer la entidad territorial competente como parte del contrato de servicios públicos.*
- h) *Tarifas. El contrato quedará sujeto en esta materia a lo establecido en el Artículo 1.3.7.5 de esta resolución.*
- i) *Nuevos aportes de las entidades públicas para extender la cobertura del servicio.*
- j) *Modelo y cifras de proyección del valor presente neto del contrato para el contratista. Se aplicarán en la construcción de ese modelo los criterios usuales de análisis de proyectos con identificación precisa de todas las variables pertinentes, entre otras, el plazo esperado del contrato, el número de usuarios que, en cada período, se piensa atender, y de los ingresos y desembolsos asociados con diversos grupos de usuarios, si su ubicación dentro del área lo permite.*

Artículo 1.3.7.9 Principios de interpretación. *Las normas de esta sección se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar de la Ley 142 de 1994; teniendo en cuenta que el Artículo 40 de la Ley 142 de 1994 es una norma de carácter excepcional y, por lo tanto, de interpretación restrictiva; y en la forma que mejor*

impida los abusos de posición dominante y que más favorezca la continuidad, calidad y precio en la prestación de los servicios.

PARÁGRAFO. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigilará el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente sección y sancionará las conductas constitutivas de abuso de posición dominante.

Bajo el contexto antes expuesto, queda claro, que una forma de atraer al sector privado es a través de concesiones de áreas de servicio exclusivo a condiciones de precio y calidad, sin competencia perfecta y por ende con regulación. De esta forma, el régimen es contractual y a través de él se determina el precio y la calidad del servicio así como sanciones por la terminación o no renovación del contrato por desempeño no adecuado.

La autorización para otorgar el área de servicio exclusivo, depende de algunos criterios como la calidad de monopolio natural de la actividad, la importancia del servicio, la duplicación y precio de la infraestructura, la falta de provisión del servicio a la población más pobre entre otros.

La idea con esta clase de figura, es lograr economías a escala y asegurar que no queden áreas sin la provisión de esta clase de servicio de gran connotación social.

2.4 Capítulo IV

Contratos de Concesión: La provisión privada sujeta a la regulación.

2.4.1. Naturaleza económica de los contratos ⁷¹

Gran parte de las actividades económicas modernas se realiza sobre la base de acuerdos de intercambios programados, que establecen obligaciones y derechos según el momento y de acuerdo al evento que tenga lugar. Los acuerdos mencionados son contratos entre oferentes y demandantes.

Así, estos surgen como método apropiado de organización económica:

- a) Cuando el abastecimiento de insumos o bienes críticos debe asegurarse para el futuro,
- b) Cuando hay indivisibilidades en la tecnología que requieren inversiones de larga maduración,
- c) Cuando deben establecerse reglas para coparticipar en una aventura económica riesgosa que un agente individual no puede afrontar por si mismo,
- d) Cuando hay que asegurarse la calidad de un producto o de un insumo de otro agente en quien se ha delegado su producción o construcción.

⁷¹ CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN, *Notas de Economía de la Regulación : Principios Básicos del análisis microeconómico aplicados a la Regulación 2*, Instituto de economía, Universidad Argentina de la Empresa, Pág. 26-27.

Los monopolios naturales se desarrollan en el marco de esta clase de contratos, denominados contratos de concesión; en donde el concedente conserva la propiedad de los activos, y transfiere al concesionario su derecho de explotación temporaria. Estos contratos son incompletos, pues las limitaciones del conocimiento y el costo crecientes de la información implican que ninguno de ellos pueda describir exactamente todos los eventos posibles y los derechos y obligaciones de las partes.

2.4.2. Principales Problemas en los Contratos de Concesión

El punto de partida de los contratos de concesión son los intereses divergentes de las partes. Tal conflicto surge de la diferencia entre el objetivo principal de las empresas privadas (maximizar sus utilidades) y el interés público (servicio adecuado al precio más bajo posible). Así, el concedente o principal procura maximizar el bienestar de la comunidad, bajo la piedra angular del interés público y por otro lado, el del agente o concesionario representado por las empresas privadas tiene un interés particular buscando maximizar sus beneficios.

Por tanto, se pregunta: ¿Cómo asegurar un retorno seguro de utilidades para atraer la inversión privada? Pero a la vez ¿Cómo estar acorde con el interés público y evitar precios monopólicos y abusivos que perjudican a los consumidores y al concedente?

Así, es de vital importancia esbozar, los problemas y limitaciones de la regulación por contrato.

Uno de los obstáculos para un contrato exitoso es el problema de la información. Lo anterior se explica de la siguiente manera: el principal se ve limitado por la falta de información sobre el agente y sobre la circunstancia que lo rodean y no puede observar su conducta con precisión. Por lo general, el agente posee, o puede adquirir, mejor información que el principal sobre los costos, la tecnología, la demanda, los medios más eficientes de explotación, las necesidades de inversión y cualquier otro parámetro de la empresa o el contexto donde ésta opera, y puede usar dicha información estratégicamente. La información que dispone el agente no es del todo perfecta pero supera a la que tiene acceso el principal, especialmente en todo lo relativo a los costos y el nivel de esfuerzo. Si el principal tuviera la misma información —es decir, si supiera exactamente cuánto le costaría a una empresa eficiente prestar el servicio pertinente— no tendría más que especificar el plan óptimo desde el punto de vista de la maximización del bienestar general y ordenar al agente que lo ejecute. Sin embargo, el principal se encuentra en desventaja en materia de información con respecto al agente y debe tomar decisiones con un alto grado de incertidumbre.⁷²

⁷² Este problema se conoce también como la Teoría del Agente-Principal, tomado principalmente de JOURAVLEV, Andrei. *Acceso a la información : Una tarea pendiente para la regulación en Latinoamérica*. Naciones Unidas.Cepal. Santiago de Chile, Agosto de 2003, Pág. 9.

Esta falta de información puede desembocar en los siguientes problemas que impiden una eficiencia económica y una libre competencia.⁷³

- a) Deficiente diseño de los contratos de Concesión

- b) La licitación del derecho a ser monopolista puede no ser competitiva, por las ofertas colusorias. Es importante mencionar que la competencia por el mercado genera información sólo en el momento de la adjudicación del derecho a ser monopolista.

- c) Conductas oportunistas posteriores a la licitación. Una vez adjudicado el derecho a ser monopolista, reemplazar al adjudicatario sería complicado y caro, así las cosas, las empresas que se presenten a la licitación tienen un incentivo para presentar ofertas especulativas o demasiado optimistas y tratar de renegociarlas más adelante.

- d) Problemas relativos a la especificación, la supervisión y la aplicación del contrato. En un mundo en constante evolución, las condiciones contractuales (tarifas, metas de expansión, calidad de servicio, etc.) deben ser modificadas

⁷³ JOURAVLEV, Andrei. *Regulación de la Industria de Agua Potable . Volumen I: Necesidades de Información y Regulación Estructural*. Naciones Unidas., Cepal., Santiago de Chile., Diciembre de 2001., Pag. 23-29.

con el transcurso del tiempo, y para realizar dichas modificaciones se necesita buena información. “Un examen reciente de las concesiones de servicios de agua potable y saneamiento en los países de la región reafirma esta conclusión: Se estima que casi el 90% de los contratos de prestación de los servicios de agua potable y saneamiento en la región ha sido renegociado y que el período promedio entre las renegociaciones ha sido unos 20 meses, conformándose “en algunos casos una verdadera situación de renegociación permanente, cuyo rasgo principal está dado por su escasa transparencia”.⁷⁴ Por tanto, hay una excesiva facilidad en la renegociación contractual, constituyéndose en la norma y no en lo que debería ser, una excepción.

- e) Politización y captura del ente regulador.⁷⁵ Uno de los principales medios de captura involuntario de las entidades del Estado es la asimetría de información, por el uso estratégico de información que tiene la empresa regulada.
- f) Incumplimiento del contrato por las partes, lo cual es preocupante, pues se constituye en un obstáculo para que opere el mercado.

⁷⁴ JOURAVLEV, Andrei. *Acceso a la información : Una tarea pendiente para la regulación en Latinoamérica* .Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile, Agosto de 2003, Pág. 57..

⁷⁵ JOURAVLEV, Andrei. *Acceso a la información : Una tarea pendiente para la regulación en Latinoamérica* .Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile, Agosto de 2003, Pág. 9. Adicionalmente, es importante traer a colación el documento MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. *Ibíd*em, donde se expone el tema de la captura del regulador y la escuela de la elección pública.

En síntesis, si el ente regulador carece de la suficiente información- asimetría de información-, cualquier regulación aunque sea óptima permitirá que las empresas tengan unas rentas no recomendables debido a su monopolio de información.

Esta situación atenta contra la competencia por el mercado, y generará ineficiencias en la asignación de recursos, precios elevados y pérdidas en las condiciones de bienestar de la población.

3. TITULO III

EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA: INFORMACIÓN ASIMÉTRICA E INFORMACIÓN INCOMPLETA

3.1. Capítulo 1: El Problema de la Información.

*“El problema de la regulación es, fundamentalmente un problema de control en un marco de información insuficiente.”*⁷⁶ En este sentido, se ha dicho, que las fallas de la regulación más reconocidas son: la información insuficiente, la inconsistencia de las decisiones y la prevalencia del interés particular sobre el interés general por parte del regulador entre otros.⁷⁷ Por tanto, la piedra angular de este análisis, girará entorno a una de las fallas de la regulación económica, siendo esta el problema de la información.

En el sector público, el riesgo se puede definir como aquella probabilidad de que un evento o acción pueda afectar adversamente a una organización, es decir, que impida o dificulte sus objetivos.⁷⁸ Así, es de suma importancia la administración de riesgos, en el diseño de los contratos de concesión.

⁷⁶ LAFFONT, Jean-Jacques. Tomado de los apuntes del curso de regulation economique et service publics en Europe. Institute des Études Politiques de Toulouse., France.,2003., Ibídem.

⁷⁷ Para profundizar sobre el tema de las fallas de la regulación entorno al tema de la prevalencia del interés particular sobre el interés general por parte del regulador, se puede consultar el texto de MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación*. Realizado para las VII Jornadas Internacionales en Honor del Profesor Allan Brewer-Carias. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia- Cedec.

⁷⁸ CAMMISA Eduardo, PIAZZA Gustavo. *El manejo de los riesgos en la concesión de Servicios Públicos*. Segundo Congreso Argentino de Administración Pública. Sociedad, Estado y Administración. Disponible en Internet http://www.aaep.org.ar/ponencias/congreso2/Camissa_Eduardo.pdf, Fecha de Consulta: Octubre de 2004.

El hecho que no se tengan en cuenta, brinda al agente la posibilidad de actuar estratégicamente frente a las políticas del principal y obtener unas rentas excesivas, que perjudican a los usuarios, al concedente y evita la posibilidad de tener una regulación eficaz dentro de un contexto de competencia.

Existen diversas maneras de clasificar los riesgos derivados de los contratos de concesión de los servicios públicos. En este análisis, se tomará la clasificación de los riesgos según su fuente, así existen dos categorías.⁷⁹

1. Los riesgos endógenos asociados a las conductas de las partes (*poder concedente y concesionario*). Esta clase de riesgos provienen básicamente de la información asimétrica o teoría de la agencia y a su vez se dividen en dos:
 - El problema de la selección adversa el cual tiene lugar en la etapa precontractual
 - El problema del riesgo moral en la etapa contractual
2. Los riesgos exógenos, son aquellos que no están asociados con las conductas de las partes, ni son fruto de sus decisiones.

⁷⁹ La clasificación de los riesgos según su fuente, fue tomada del documento de CAMMISA Eduardo, PIAZZA Gustavo. *Ibíd.*

3.1.1. De los riesgos endógenos: La asimetría de información (*Selección Adversa y Riesgo Moral*).

La fuente de esta clase de riesgos relacionados con las conductas o decisiones de las partes, es la estructura de mercado monopólico. De esta forma, en los servicios de agua en la que los clientes hoy en día no tiene la posibilidad de elegir el proveedor o el precio y la calidad de los bienes y servicios y en los que la sustitución de la demanda es sumamente limitada, si una empresa decide reducir la calidad del servicio para aumentar las utilidades de corto plazo, los clientes cautivos pueden hacer muy poco y deben aceptar las conductas mimetizadas y oportunistas de las empresas en contra de sus intereses.

En este sentido, se presentan dos clases de riesgos endógenos: uno en la etapa Pre contractual y el otro en la etapa Contractual

Etapa Pre contractual

3.1.1.1. Selección Adversa o Adverse Selection: *Características Ocultas*⁸⁰

La selección adversa esta relacionada con la incertidumbre sobre las características de los agentes (*buenos o malos, eficientes o ineficientes*) en la

⁸⁰ La definición de selección adversa se fundamentó en los siguientes textos: CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN, *Notas de Economía de la Regulación : Principios Básicos del análisis microeconómico aplicados a la Regulación 2*, Instituto de Economía, Pag 34-37 y JOURAVLEV, Andrei. Regulación de la Industria de Agua Potable . *Volumen I: Necesidades de Información y Regulación Estructural* . Naciones Unidas. Cepal. Santiago de Chile , Diciembre de 2001. Pag 16.

etapa precontractual. Hay información oculta o escondida que caracteriza a la situación en la que una de las partes suscriptora del contrato no tiene perfecto conocimiento de las características relevantes de la otra parte o de los productos o servicios por ella ofrecidos.

Como ejemplo, se puede mencionar la calificación de la empresa que se presenta a un proceso de licitación. El riesgo es que las empresas que se presentan no sean adecuadamente calificadas para brindar el servicio público que se licita, otorgándosele la adjudicación del contrato a una empresa ineficiente que tuvo un comportamiento oportunista.

Esto, abre las puertas a una acción consciente de mimetización o simulación (*oportunismo*) y además pueden dar origen a resultados inesperados: en algunos casos los mercados desaparecen o se destruyen o terminan en equilibrios ineficientes (*quedan solo los malos*).

Por tanto queda claro que la selección adversa se refiere a las variables externas sobre las cuales el agente o concesionario tiene mayores conocimientos que el principal o concedente.

Aquel que posee una característica mala (*agente ineficiente*) se puede hacer pasar por aquel que posee una característica buena (*agente eficiente*) y mimetizarse, el problema radica en que la característica buena no puede informarse. Lo anterior, desemboca en pérdidas tanto para el que diseña el

contrato como para el buen agente, provocando una serie de problemas en la ejecución del contrato.

Etapa Contractual:

3.1.1.2. Riesgo Moral ⁸¹ o Moral Hazard: Conductas Ocultas⁸²

Se conoce también como la teoría de la agente-principal y se refiere a la incertidumbre de los comportamientos o actividades ocultas del agente que el principal o concedente no puede observar con precisión. Hay una información que posee el agente o empresa regulada respecto a las variables endógenas que ellas pueden modificar discrecionalmente pero que el principal no puede observar con precisión por ejemplo, esfuerzos por reducir costos, innovar etc.

El problema radica en que la regulación es ineficiente cuando las acciones no son observables, pues existe una dificultad por parte del ente regulador para especificar, establecer, vigilar y asegurar su aplicación en forma directa.

⁸¹ En muchos textos el riesgo moral también se conoce como azar moral.

⁸² La definición de riesgo moral se fundamentó en los siguientes textos: CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN, *Notas de Economía de la Regulación : Principios Básicos del análisis microeconómico aplicados a la Regulación 2*, Instituto de economía, Pag 33-34./ . JOURAVLEV, Andrei. Regulación de la Industria de Agua Potable. *Volumen I: Necesidades de Información y Regulación Estructural* . Naciones Unidas. Cepal. Santiago de Chile , Diciembre de 2001. Pag 15.

Específicamente "se refiere a aquellos casos en los que las probabilidades de que un hecho favorable se dé dependen de la realización de una acción costosa para un agente, que no se beneficia directamente de llevarla adelante.

Un ejemplo representativo sería el siguiente:

" *P* es el principal o concedente y *A* es el agente o concesionario. *A* debe elegir entre dos acciones: *Y* y *Z*. *A* elegirá la que le cueste menos, puede ser *Y* aunque sepa que la acción *Z* es la mejor para quien lo contrató, su principal *P*. El hecho de que *A* no seleccione *Z* descansa sobre las siguientes hipótesis:

1. La remuneración de *A* no depende de modo relevante de la acción, es decir, no disminuye significativamente si elige la peor decisión.
2. A su vez, esto supone que el agente *A* no está expuesto a un castigo porque no existe esa posibilidad, o porque no es posible discriminar en qué medida el resultado observado, y que afecta a *P*, es un hecho fortuito o el producto de una práctica descuidada. Mientras que ex - ante hay una relación estimada entre acción y resultado, ex post no es posible verificar el tipo o la intensidad de la acción.

3. *Implícitamente, hay algún conflicto de intereses entre A y P que hace que A oculte deliberadamente su acción. P desearía un gran esfuerzo de A; este último prefiere escatimarlo*".⁸³

Se presenta así el comportamiento oportunista de la empresa pues sin castigo o premio por las acciones los agentes evitan costos. Por tanto, no puede confiarse en la buena voluntad del agente.

De esta forma, quedó expuesto el azar o riesgo moral, como aquel comportamiento oportunista ex-post al establecimiento de un contrato donde hay una desviación de la búsqueda de la maximización conjunta de beneficios.

Así las cosas, bajo el contexto de la teoría del agente-principal, "*el principal*" encarga a otra persona denominada "*el agente*" la defensa de sus intereses, delegando en ella cierto poder de decisión. Los intereses del principal son habitualmente distintos a los del agente, y por ello existe un incentivo para que, aprovechándose de la existencia de información asimétrica, el agente realice acciones a favor de sus propios intereses pero en contra de los intereses del principal comportándose de una manera oportunista.

⁸³ CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN; *Notas de Regulación Económica: Principios Básicos del análisis Microeconómico aplicados a la regulación.*, Argentina de la Empresa., Instituto de Economía; pag 33 y 34.

3.1.2. De los riesgos exógenos: Información imperfecta asociada a la incertidumbre o al riesgo

Los riesgos exógenos no tienen como fuente la información asimétrica o las conductas de las partes del contrato, sino aquellos eventos ajenos a la voluntad de las partes involucradas. Como ejemplo se pueden mencionar desastres naturales, depreciación de la moneda, fuertes procesos inflacionarios, incidentes sociales, entre otros.

El riesgo y la incertidumbre, son importantes tenerlos en cuenta sobre todo en el diseño del contrato de concesión.

El riesgo aparece relacionado como aquél suceso incierto, hecho objetivo y futuro que no es cierto pero tampoco es imposible - *alea anormal*- y que puede afectar el equilibrio económico financiero del contrato.⁸⁴

Esta clase de riesgos puede tener diferentes facetas:⁸⁵

⁸⁴ " El equilibrio económico financiero de la concesión es la y 34situación en la que las tarifas permiten recuperar, en el plazo de la concesión y en condiciones de eficiencia, todos los costos asociados a la prestación, incluyendo los costos operativos, de inversión y los impuestos incurridos por el concesionario (...)" Tomado de SALTIEL, Gustavo. *La Regulación Sectorial en Argentina : Una Historia de Conflictos y Oportunidades*. Seminario Internacional de Regulación en Agua Potable y Saneamiento Básico. Bogotá , Octubre de 2001, pag 249.

⁸⁵ CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN, *Notas de Regulación Económica: Principios Tarifarios y mecanismos regulatorios para los servicios públicos*, Instituto de Economía; Universidad de Argentina de la Empresa.

- a) Riesgo de Mercado: riesgo a que la demanda del servicio sea insuficiente para garantizar la rentabilidad del proyecto.
- b) Riesgos Financieros son aquellos asociados a las variaciones de las tasas de interés, riesgo cambiario, riesgos asociados a la inflación entre otros.
- c) Riesgos de Fuerza Mayor: asociados a eventos que pueden alterar el funcionamiento regular del proyecto por periodos prolongadas y sobre los cuales las partes no pueden incidir en su probabilidad de ocurrencia.
- d) Riesgos Políticos: son aquellas modificaciones imprevistas y/o frecuentes del marco jurídico general. Por ejemplo: impuestos, leyes laborales, ambientales entre otras.
- e) Riesgo Regulatorio como el llamado hecho del príncipe donde la actuación del regulador es de vital importancia. Por ejemplo, los cambios no esperados en las tarifas, los cambios en las revisiones o en los términos del contrato que afectan adversamente el equilibrio económico del contrato.

Análisis recientes acerca de la participación privada en el sector de acueducto y alcantarillado en Colombia, permite concluir que:

"Los inversionistas de capital y los prestamistas consideran que el sector de agua potable es demasiado riesgoso como para invertir sin una base segura. Los prestamistas exigen seguridad total, mientras que las inversiones de capital limitan su inversión a la cantidad necesaria para ganar una concesión. Los tipos comunes de seguridad o apoyo incluyen la pignoración de flujos de caja y la creación de mecanismos fiduciarios. (...) Hay una preocupación en el sector privado por 6 tipos

de riesgo: Riesgo regulatorio y legal (no sólo por la inestabilidad sino por la multiplicidad de actores con potestades normativas), riesgo político, riesgo de tipo de moneda, riesgo de suministro de agua cruda, riesgo de regulación tributaria, riesgo de contraparte del gobierno local. (...)

*Los métodos de contratación que se usan para la participación público- privada tienen una doble cara: por un lado se muestran demasiados rígidos lo cual no facilita un acercamiento del sector privado; por otro lado, hacen muy difícil la asignación de riesgos al sector privado. Estos métodos producen generalmente una competencia limitada para el mercado no ofrecen bases claras para la regulación de precios una vez el contrato se ha adjudicado. Adoptar mejores métodos de contratación es un tema que debe ser incluido en las agendas de gobierno para movilizar la inversión privada."*⁸⁶

Bajo esta óptica, se debe tener en cuenta que hay diferentes conductas o actitudes frente al riesgo.⁸⁷

1. Aversión al riesgo: los agentes no quieren el riesgo, por lo tanto, están dispuestos a gastar para reducir el riesgo. El individuo valora más cada peso perdido que cada peso ganado.

⁸⁶ Deloitte Touche Tohmatsu Emerging Markets Ltda- Taboada Hoyos & Asociados Ltda. Estudio para asignación de riesgos y manejo de garantías en proyectos de infraestructura con participación privada en el sector de agua potable y saneamiento. Tomado del libro COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *El Estado del Arte de la Regulación en el Sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia.*, Tercer Mundo Editores., Bogotá, Colombia., Enero 2001., Pag 129.

⁸⁷ CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN, *Notas de Economía de la Regulación : Principios Básicos del análisis microeconómico aplicados a la Regulación 2*, Instituto de Economía, Pag 30-33.

2. Neutral al riesgo: El individuo valora igual cada peso perdido que cada peso ganado.
3. Tomador de riesgo (o *Amante*): El individuo valora menos cada peso perdido que cada peso ganado.

Estas actitudes, constituyen los datos básicos para poder entender la forma en que el riesgo es distribuido entre las partes que deciden firmar el contrato.

Estas actitudes o conductas "*indicarán quien cederá o recibirá recursos por que tendrá una habilidad mayor o menor para tomar el rol implícito de empresa aseguradora diversificando de esta forma el riesgo*".⁸⁸

Una incorrecta asignación de responsabilidades incrementa la probabilidad de renegociación, siendo este, uno de los principales problemas de la regulación por contrato ya que puede desembocar en un desequilibrio económico del mismo.

Después de haber expuesto de manera preliminar, el problema de la información, se plantean los siguientes interrogantes: ¿Cómo inducir a los operadores regulados a operar a los más bajos costos- eficientes posibles? ¿Cómo alinear las tarifas con los costos permitiendo al operador unas utilidades? ¿Cómo mejorar la calidad de los servicios? ¿Cómo puede hacer el principal para de inducir al agente a actuar en función del interés público?

⁸⁸ CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN Ibidem Pág 32.

Para tratar de resolver de manera preliminar los interrogantes planteados, es de vital importancia recurrir a la experiencia de otros países y analizar el caso colombiano.

3.2. Capítulo II: La Asimetría de Información e Información Imperfecta Comparada.: Experiencia en otros países sobre el manejo de los riesgos endógenos y exógenos.

Con el fin de tener en cuenta en los contratos de concesión, las soluciones para controlar la asimetría de información y la información imperfecta asociada a la incertidumbre, es necesario conocer las experiencias en otros países.

Estas experiencias permitirán obtener elementos que son fundamentales en los contratos de concesión para aliviar los problemas de información a través de incentivos (*recompensas y castigos*) para cumplir con lo pactado cuando se utiliza la regulación por contrato.

A continuación se presentará el caso de Argentina, Estados Unidos y el Reino Unido.

3.2.1. Riesgos endógenos:

3.2.1.1. De la Selección Adversa

A continuación se expondrá en términos generales el caso de concesión de Aguas Argentina, para después analizar el manejo de la selección adversa en esta clase de contratos.

- Aspectos Generales de la Concesión de Aguas Argentina (Caso de Argentina).⁸⁹

En Argentina se realizaron contratos de concesión para los servicios de acueducto y alcantarillado. Así, se dieron en concesión por 30 años todas las operaciones relacionadas con mantenimiento, rehabilitación y expansión del sistema de aguas y cloacas en el área servida por la OSN- *Obras Sanitarias de la Nación*-. El concesionario fue Aguas Argentina para la provincia de Buenos Aires.

El criterio de selección del concesionario fue sobre la base de la mayor reducción tarifaria promedio, luego de fijar determinados requerimientos de expansión y calidad del servicio, además de determinar que el canon sería nulo durante toda la concesión.

⁸⁹ Este acápite se fundamnetó en <http://www.etoss.org.ar/Contrato/CC-Cap10.htm>. y ABDALA, Manuel Angel. *Instituciones, contratos y regulación de infraestructura en Argentina*, Diciembre de 1998, Pág. 48-53./ FUNDACIÓN ATLAS PARA UNA SOCIEDAD LIBRE. *La privatización de los servicios públicos: ¿seguridad jurídica o reestatización? el caso de las telecomunicaciones, el servicio eléctrico, el agua potable y los desagües cloacales*. Enero 2003 Pág. 20.

En los contratos de concesión se incluyó una regulación detallada (incentivos, regímenes de tarifas, requerimientos de calidad, programas de inversión, penalidades etc.)

- *El problema de la selección adversa*

Es fundamental recordar, que para mitigar el problema de la selección adversa es necesario desarrollar mecanismos para descubrir la información oculta de los proponentes y poder seleccionar a los agentes eficientes.

En el caso de la provincia de Buenos Aires dentro del proceso licitatorio para la concesión de aguas y cloacas, se utilizó para el manejo de selección adversa el sistema de precalificación de proponentes y la experiencia en la prestación del servicio.

" Resolución de la ex-SECRETARIA DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS Nº 178 de fecha 13 de diciembre de 1991, la Autoridad de Aplicación convocó a la Licitación Pública Internacional, cuya primera etapa comprendió la calificación de postulantes, requiriéndose además de probada solvencia patrimonial y giro comercial, la participación excluyente en cada sociedad, con un mínimo accionario de VEINTICINCO POR

*CIENTO (25%) transferible, de un operador que reúna a su vez experiencia en la atención de servicios similares a grandes conglomerados urbanos."*⁹⁰

Se presentaron una serie de oferentes con los antecedentes técnicos económicos exigidos, resultando cinco (5) oferentes precalificados. Es decir, estos cinco (5) oferentes estaban en condiciones de ser seleccionados como agentes que cumplieran las condiciones de estar dentro del grupo de oferentes susceptibles de ser elegidos disminuyendo el riesgo de selección adversa.

Así se dijo, que *"La licitación se caracterizó por el orden y transparencia, desarrollados dentro de un contexto de ponderable competitividad."*⁹¹ No obstante lo anterior, el instrumento utilizado no fue suficiente pues se presentó de todas formas una oferta predatoria en el caso de Aguas Argentina.⁹²

Por lo anterior, es necesario que en la etapa precontractual, en las exigencias de las ofertas y criterios de adjudicación de los pliegos de condiciones, se desarrollen mecanismos que obliguen a los oferentes a develar la información oculta para seleccionar en forma objetiva el agente eficiente.

⁹⁰ Disponible en internet., <http://www.etoss.org.ar/Contrato/CC-Cap10.htm>., Fecha de Consulta: Octubre de 2004.

⁹¹ <http://www.etoss.org.ar/Contrato/CC-Cap10.htm>, Ibidem

⁹² "Abdala y Spiller señalan que al haber descartado fuentes alternativas de financiamiento, Agua Argentina pudo haber ejercido Low balling, es decir, realizar una oferta optimista y ganadora, especulando con la debilidad ex post del regulador para ejercer oportunismo empresario" SALTIEL Gustavo, *La Regulación Sectorial en Argentina: Una Historia de Conflictos y Oportunidades*. Seminario Internacional de Regulación en Agua Potable y Saneamiento Básico. Bogotá , Octubre de 2001, Pág. 249.

3.2.1.2. Del Riesgo Moral

Es importante recordar que el problema del riesgo moral consiste en las conductas ocultas del agente, que en la mayoría de los casos, pueden resultar perjudiciales para el principal. Para ello, es fundamental hacer mención de las regulaciones de precios, que son la piedra angular y el aspecto más visible de la regulación de las conductas.

A continuación se expondrán en términos generales dos casos típicos de regulaciones de precios: El caso de Estados Unidos que es por costo del servicio o tasa de retorno; y el caso del Reino Unido que es por precio techo o price cap.

3.2.1.2.1. Caso de Estados Unidos: Regulación de Precios: Regulación por Costo de Servicio / Rate of return / Tasa de rentabilidad.-⁹³

En primera instancia, es trascendental tener en cuenta de forma muy preliminar, la regulación en Estados Unidos. En este sentido, la piedra angular de esta forma de intervención pública, es la protección de la competencia, siendo concebida como el mejor medio para alcanzar un alto nivel de vida. Por tanto, la teoría del servicio público en este país, se caracteriza por el respeto al mercado y a la competencia.

⁹³ El acápite 3.2.1.2.1 se fundamentó en su totalidad en los siguientes textos: CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN. *Principios Tarifarios y Mecanismos Regulatorios para los Servicios Públicos Notas de Economía de la Regulación*, Instituto de Economía, Universidad Argentina de la Empresa y JOURAVLEV, Andrei. *Regulación de la industria del agua potable. Volumen II: Regulación de las Conductas*. Naciones Unidas, Cepal. Diciembre.2001, Pág. 11- 20.

Dentro de este contexto, la regulación por tasa de rentabilidad es la regulación acogida en los Estados Unidos de América donde los servicios públicos han estado en manos privadas. Aunque la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, no se hace por medio de contratos de concesión, para efectos de este análisis, es vital tenerla en cuenta pues la regulación por tasa de rentabilidad es la regulación observada en Colombia.

La tasa de retorno, se basa en que los niveles de precios se fijan de tal modo que una empresa bien administrada tenga la posibilidad de recuperar la totalidad de los costos incurridos racionalmente; con una inclusión de una rentabilidad justa y razonable sobre el capital empleado. De esta forma se asegura la sostenibilidad de la empresa sin riesgo, pues los aumentos del operador serán trasladados en mayores tarifas.

En este sistema de regulación hay dos etapas:

1. En la primera etapa, se determina la necesidad total de ingresos de la empresa de servicios públicos, es decir, el costo total del servicio. Este costo total se compone de los costos operativos más una rentabilidad justa ⁹⁴ sobre el valor

⁹⁴ "En decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos se han establecido estándares de justicia y razonabilidad para establecer rentabilidad justa y razonable.

- Un estándar de equilibrio financiero es decir que la tasa de rentabilidad debería ser suficiente para asegurar la confianza en la solidez financiera de la empresa de servicios públicos.
- Un estándar de atracción de capitales es decir que una empresa de servicios públicos tiene derecho a percibir una tasa de rentabilidad que le permita mantener su capacidad crediticia y atraer capital adicional en condiciones favorables.
- Un estándar de beneficios comparable es decir que la tasa de rentabilidad permitida debería ser igual a la que obtendrían otras empresas que corren riesgos comparables. Fuente : Corte Suprema de los Estados Unidos", tomado de JOURAVLEV, Andrei. Regulación de la Industria del Agua Potable. Volumen II: Regulación de las Conductas. Naciones Unidas, Cepal. Diciembre 2001, Recuadro 1, Pág. 13.

del capital invertido en la actividad. La estimación de estos ingresos totales se deriva de una auditoria exhaustiva de los libros de contables de la empresa.

2. En la segunda etapa, se determina la estructura tarifaria de la empresa de servicios públicos. La idea es que sea justa y razonable.

El propósito de la regulación por tasa de rentabilidad es fijar los precios de modo de recuperar, en un futuro previsible y hasta la realización de una nueva revisión de precios, el costo total del servicio.

Los costos operativos comprenden los costos de funcionamiento, mantenimiento, la depreciación e impuestos. Por regla general, los costos operativos razonables pueden recuperarse mediante tarifas. En Estados Unidos, para mitigar el riesgo moral, los reguladores pueden desautorizar aquellos costos que crean, son inmoderados o innecesarios. Los reguladores prestan especial atención a los costos operativos que no están directamente determinados por las fuerzas de la competencia (*como por ejemplo, los sueldos del personal superior, la publicidad de la empresa etc.*). Así las cosas, cuando se determina que un gasto es desmesurado, representa un abuso del poder discrecional o es inmoderado, es desautorizado y corre por cuenta de los accionistas de la empresa.

El componente de rentabilidad justa del costo total del servicio se obtiene multiplicando el capital utilizado para la prestación del servicio (*que forma la base tarifaria*) por la tasa de rentabilidad establecida por el regulador. Los métodos de valuación de los activos pueden variar. Esta forma de calcular la rentabilidad justa,

puede dar lugar a una asimetría de información y por ende a un riesgo moral por parte de la empresa, pues puede invertir capital sin necesitarlo para aumentar la base tarifaria.

Una vez establecidas las tarifas, éstas se mantienen fijas durante un periodo de tiempo hasta la próxima revisión regulatoria, la cual por regla general puede ser iniciada por la empresa de servicios públicos, por el regulador o activarse en respuesta a las quejas de los clientes. Las tarifas se fijan de conformidad con los precios nominales, pero también en función de la inflación o el precio de insumos. Durante el intervalo regulatorio - *regulatory lag*- una empresa de servicios públicos puede apropiarse de la rentabilidad generada por una mayor eficiencia en relación con los costos pero también debe hacerse cargo de cualquier aumento de costos. Para prolongar el intervalo regulatorio y reducir la carga regulatoria, muchos estados de los Estados Unidos de América utilizan mecanismos de ajustes automáticos de las tarifas, conforme a los cuales las empresas de servicios públicos pueden ajustar los precios de los productos según las variaciones de los precios de insumos que están fuera de su control.

Ventajas y desventajas de la regulación por tasa de rentabilidad

Ventajas

1. El agente asegura la sostenibilidad de la empresa.
2. Promueve la eficiencia asignativa; es decir, que la tarifa asegure el costo de producción del servicio
3. Esta regulación, puede incentivar la inversión privada.

Desventajas:

1. Al poner topes a la rentabilidad y no a los precios, los operadores no tienen incentivos en reducir sus costos de operación. No se contribuye con la eficiencia productiva.
2. Se incentiva la sobreinversión (*efecto Averch- Johnson*)⁹⁵ dado que el cálculo para la tasa por rentabilidad está en función de la inversión utilizada. Este efecto, podrá dar lugar al riesgo moral, en donde el regulador no podría llegar a distinguir entre las conductas eficientes e ineficientes. Por ejemplo, la empresa puede preferir comprar en lugar de arrendar el equipo, argumentando que al hacerlo le otorga un mayor control sobre su confiabilidad, disponibilidad y utilización, pero en el fondo se encuentra el hecho de que esta decisión le permite ampliar su base tarifaria. (*Moral Hazard*).
3. Requiere muchos costos de transacción para su control y vigilancia.
4. La regulación es intrusiva pues hay una constante interferencia del ente regulador en la empresa.

⁹⁵ "Averch y Johnson (1962) desarrollaron un modelo según el cual la regulación por tasa de rentabilidad alienta a las empresas de servicios públicos a utilizar una relación capital trabajo demasiado elevada para su nivel de producción (...) se denomina baño de oro. El argumento de esta presunta fuente de ineficiencia opera del siguiente modo: aunque existen restricciones a la rentabilidad que puede obtener una empresa de servicios públicos por cada dólar de capital, no existen límites directos sobre la rentabilidad absoluta, lo que constituye un incentivo para ampliar la masa de capital a fin de acrecentar la rentabilidad total derivada de una tasa de rentabilidad determinada. El resultado final es que la empresa de servicios públicos se ve inducida a utilizar más capital, menos mano de obra y técnicas de producción de mayor densidad de capital de los que necesitan para su nivel de producción, cuyo costo sería demasiado elevado." JOURAVLEV, Andrei. Regulación de la industria del agua potable. Volumen II: Regulación de las Conductas. Naciones Unidas, Cepal. Diciembre, 2001, Pág. 18.

5. Induce a la empresa a distorsionar los datos, para maximizar sus rentas de información, pues hay una extrema dependencia del regulador respecto de los datos que provee la empresa.
6. Dificulta la estimación de costos dado que se usan los costos históricos.
7. El riesgo de sostenibilidad se traslada al usuario.

De esta forma queda expuesto el tema de la tasa de rentabilidad, donde a pesar de existir un incentivo para no bajar la calidad del servicio, el riesgo moral giraría en torno a las inversiones pues su eje es la obtención de rentabilidad razonable sobre su inversión de capital.

Algunos instrumentos utilizados para tratar el problema del Riesgo Moral en la regulación por tasa de retorno.

A continuación, se expondrán algunos instrumentos que utilizan en Estados Unidos, para mitigar la asimetría de información y poder establecer el costo total del servicio para el cálculo de la tasa de rentabilidad.⁹⁶

1. En Estados Unidos, existen varios factores que atenúan el problema de la falta de incentivos para reducir costos e innovar. Para reducir esta clase de asimetría de información- *riesgo moral*-, los reguladores ejercen el control y la supervisión de las empresas, con el fin de revisar las medidas adoptadas por los directivos de las empresas, con el objeto de asegurar que en las tarifas

⁹⁶ "JOURAVLEV, Andrei. Regulación de la Industria del Agua Potable. Volumen II: Regulación de las Conductas. Naciones Unidas., Cepal., Diciembre., 2001., Pág. 18.

cobradas a los clientes sólo se tengan en cuenta los costos y los gastos realizados con prudencia. Los costos están sujetos a requisitos complejos de contabilidad y auditoría y si se comprueba que los costos y los gastos son excesivos pueden ser desautorizados. Para determinar los ingresos de una empresa, los reguladores analizan si los directivos han aplicado normas de conducta comercial prudentes y si la capacidad construida respondía a una necesidad económica. Las comparaciones de desempeño por referencia son otra clase de incentivos importantes pues se utilizan patrones de comparación externos, como el desempeño de otras empresas ubicadas en zonas geográficas similares etc. Estos son algunos de los incentivos para reducir costos e innovar.

2. Un intervalo regulatorio de largo plazo, incentiva las empresas a reducir los costos y a realizar innovaciones tecnológicas.
3. Se ha demostrado, que la regulación por tasa de rentabilidad, en la forma como se aplica en Estados Unidos, donde el regulador debe permitir una tasa de rentabilidad justa y razonable sólo sobre el capital considerado útil y utilizado (no la inversión proyectada o sobredimensionada) puede evitar el sesgo Averch-Johnson.
4. La transparencia en materia contable es una característica fundamental de la regulación de servicios públicos en los Estados Unidos donde los reguladores establecen, para cada rama de actividad regulada, un Sistema Uniforme de Cuentas ("*Uniform Systems of Accounts*") en el que se definen las cuentas que deben utilizarse. A ello se agregan instrucciones específicas sobre el uso de cada tipo de cuenta e instrucciones generales sobre los fundamentos contables

que permite monitorear la prestación de los servicios en base a información regular, uniforme, consistente y objetiva.

Es claro que a pesar de las notables ventajas de la regulación por tasa de rentabilidad, esta conlleva unos altos costos de transacción en el control regulatorio.

3.2.1.2.2. Caso del Reino Unido

Regulación por Precio Máximo / Price Cap regulation.⁹⁷

En el caso del Reino Unido, la ley de aguas en 1989 privatizó los servicios de agua potable, acueducto y alcantarillado. El ente regulador de Inglaterra y Gales es la Oficina de Servicios de Agua (OFWAT) encabezada por el Director General de Abastecimiento de agua potable (DGSW). Entre sus obligaciones se encuentran las de promover las economías y la eficiencia por parte de las empresas, facilitar la competencia efectiva, hacer cumplir las licencias otorgadas a las empresas entre otras funciones. Cada empresa funciona de conformidad con una licencia - "*Instrument of Appointment*"-. Las Licencias imponen ciertas condiciones a las empresas cuyo cumplimiento debe fiscalizar. Así, como ejemplo representativo se

⁹⁷ El acápite 3.2.1.2.2. se fundamentó en su totalidad en los siguientes textos: CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN .*Principios Tarifarios y Mecanismos Regulatorios para los Servicios Públicos Notas de Economía de la Regulación*, Instituto de Economía, Universidad Argentina de la Empresa,/ JOURAVLEV, Andrei. *Regulación de la industria del agua potable. Volumen II: Regulación de las Conductas*. Naciones Unidas, Cepal. Diciembre.2001, Pág. 20-31.

pueden mencionar algunas condiciones que se incorporan en las licencias: la condición A *la cual explica los términos y expresiones utilizadas en la licencia*, la condición B *la cual establece la fórmula para calcular los límites de precios*, la condición D, *la cual obliga a las empresas a fijar y publicar las tarifas de los servicios de agua potable y alcantarillado y los cargos por concepto de infraestructura entre otras*, la condición J, *exige el deber de presentar al DGWS un informe anual de desempeño con respecto a varios aspectos del servicio*, la condición M, *exige a las empresa que proporcione al DGWS la información que éste razonablemente necesita para desempeñar sus funciones entre otras*.⁹⁸

La regulación denominada Precio Techo (*Price Cap*), fue desarrollada en el Reino Unido, apoyada especialmente en regular aquellos servicios en el que el poder monopólico era más fuerte y los intereses de la población mayores.

La idea fundamental, es fijar las tarifas o precios máximos de las empresas durante un periodo de tiempo determinado, sobre la base de los costos de una empresa eficiente e incentivarlas a que hasta la siguiente revisión aumenten su rentabilidad reduciendo sus costos por debajo del tope establecido. Así las cosas, si durante un periodo, la empresa logra mejorar su eficiencia, superando los niveles pronosticados, podrá retener la rentabilidad durante un tiempo. En la revisión regulatoria siguiente, el regulador tendrá en cuenta estas reducciones de

⁹⁸ Fuente: DGWS(2000); Biblioteca de la Cámara de los comunes (1998) Tomado del libro de JOURAVLEV, Andrei. *Regulación de la Industria del Agua Potable. Volumen II: Regulación de las Conductas*. Naciones Unidas., Cepal., Diciembre., 2001., Pag 21 y 22.

costos no previstas y los niveles de precios que se permitirá cobrar a la empresa durante el periodo siguiente serán menores.

El precio techo se ajusta periódicamente al índice general de precios que es exógeno a la empresa regulada:

- a) **RPI (Retail Price Index)** es un índice general de precios utilizado para ajustar la tarifa y de este modo proteger a la empresa de los efectos de la inflación. Así, se mantiene la tarifa en términos reales. El índice que elija debe estar fuera del control de la empresa y sus datos deben ser públicos y objetivos para evitar manipulación y /o uso discrecional por parte del regulador. En el Reino Unido se utiliza el IPC (índice de precios del consumidor).
- b) **RPI- X +/- K:** X es el factor de eficiencia que aparece restando para trasladar a los usuarios parte de las ganancias de eficiencia de la empresa vía reducciones de la tarifa en términos reales. El factor K puede estar sumando o restando según haya que financiar esas inversiones no previstas o devolviendo dinero a los usuarios por inversiones no realizadas debido a sobreestimaciones. Estos factores X y K están concebidos para que las compañías puedan financiar sus programas de inversión y al mismo tiempo estimularlas para que sean eficientes.

El price cap, puede asemejarse a un precio de competencia perfecta pues todos tratan de ser eficientes y bajar costos para aumentar rentabilidad ya que no pueden mover el precio que actúa como sustituto de la competencia.

Ventajas y desventajas de la regulación por precio techo.

Ventajas

1. Estimula la eficiencia productiva; es decir, existen incentivos para la minimización de costos.
2. Las necesidades de información son relativamente bajas, lo cual hace la carga regulatoria menos onerosa y menos vulnerable -no es intrusiva-.
3. No crea distorsiones en la sobre-utilización del capital.
4. Fija las tarifas exógenamente: dependen de las variaciones de índices de precios ajenos a la actividad regulada de modo de evitar su manipulación y del valor que se fije al coeficiente de eficiencia que actúa como tope o límite máximo.

Desventajas

1. No hay eficiencia asignativa pues existe la posibilidad que en las tarifas no se reflejen los costos del servicio porque hay incentivos a minimizarlos, permitiendo que la empresa se apropie temporalmente de las ganancias de eficiencia.
2. Hay mayor riesgo de sostenibilidad para la empresa por los cambios inesperados de los costos.
3. La reducción de costos puede incentivar la disminución de la calidad del servicio.

Instrumentos específicos para tratar el problema del Riesgo Moral en la regulación por precio techo.

El precio máximo induce a la empresa a reducir costos, buscando maximizar beneficios a costa de sacrificar la calidad en la prestación del servicio; esto puede dar paso al riesgo moral.

A continuación se expondrán algunos instrumentos para reducir el riesgo moral:

1. En los servicios de agua potable y alcantarillado, muchos aspectos de la calidad del servicio dependen de un mantenimiento adecuado de los activos necesarios para la prestación del servicio. Como la vida útil de los activos fijos empleados en esta actividad es muy prolongada, puede pasar varios años antes de que se observe un deterioro importante. Lo anterior se debe a que muchos activos se encuentran bajo tierra y es difícil determinar el estado de subinversión y las deficiencias de mantenimiento pueden pasar desapercibidas durante muchos años. La carga de fiscalización y de información de los reguladores será muy pesada. Cuando el organismo regulador no puede observar directamente las acciones llevadas a cabo por la empresa regulada con exactitud, el curso de acción correcto que debe adoptar la actuación reguladora consistiría en ofrecer incentivos indirectos a la empresa para que actúe en función del interés público. En el caso de Inglaterra y Gales, el ente regulador - OFWAT- recurre a los incentivos indirectos para lograr los objetivos deseados. Lo anterior se logra determinando la compensación que recibe la empresa sobre las medidas

observables de desempeño, que tiene correlación con las conductas no observables. El ente regulador le es sumamente difícil observar si al prestador del servicio público de agua potable realiza un mantenimiento adecuado de la red de acueducto. Sin embargo, es posible determinar si el mantenimiento del capital fijo realizado por un prestador ha sido estable, analizando las tendencias de los siguientes indicadores: la frecuencia de los problemas de baja presión, el número de roturas, la magnitud de las interrupciones del suministro a los clientes y el cumplimiento de las normas de calidad.⁹⁹

2. En la industria del agua en Inglaterra y Gales el problema de la calidad también se abordó estableciendo un índice de precios con el que se pudiera financiar los gastos de inversión proyectados que necesitaba cada compañía. La OFWAT puede desautorizar la totalidad de un aumento de precios permitido si la empresa no cumple los objetivos prescritos de inversión. Aun más importante es la obligación que se ha impuesto al DGWS de velar por que las compañías puedan financiar el desempeño adecuado de sus funciones, en particular garantizando un rendimiento razonable a su capital. La OFWAT colabora con los organismos reguladores de la calidad para comprobar que las empresas alcancen en el plazo establecido las normas de calidad previstas en los límites de precio.

⁹⁹ JOURAVLEV, Andrei . *Acceso a la información : una tarea pendiente para la regulación latinoamericana*. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile . Agosto 2003 pag. 11. Y Dourojeanni, Axel. *Regulación de la industria de Agua Potable : Volumen I : Necesidades de Información y Regulación Estructural*, Naciones Unidas, Cepal, Santiago de Chile, Diciembre de 2001, Pág. 16 *Potable : Volumen I : Necesidades de Información y Regulación Estructural*, Naciones Unidas, Cepal, Santiago de Chile, Diciembre de 2001, Pág. 16

Si las compañías no prestan el nivel de servicios exigido, el DGWS recuperará de ellas las bonificaciones apropiadas con ocasión de una revisión periódica o ajustando los límites de precios entre revisiones en un dictamen provisional.

3. Adicionalmente, tienen planes de indemnización a los clientes que entrañan el establecimiento de normas de servicio respaldadas por un sistema de penalizaciones pecuniarias pagaderas en caso de incumplimiento al gobierno, o lo que sería preferible si es viable, directamente a los clientes afectados. El "*Plan de Normas Garantizadas*" (GSS) dispone que se efectúen pagos de cantidades fijas cuando la compañía no cumpla ciertas normas de servicio garantizadas. Los pagos por concepto de algunos incumplimientos del servicio se efectúan automáticamente; si no se han abonado en el plazo de 10 días laborables a partir del incumplimiento, el cliente tiene derecho a un pago suplementario. Si se trata de otro tipo de incumplimiento, el cliente debe presentar una reclamación por escrito. Los planes de indemnización al cliente tienen las principales ventajas de que prevén la indemnización al cliente y por incumplimientos específicos y son flexibles en el sentido de que se permite a la compañía compensar los cambios de la calidad del servicio con el incremento de sus costos. Sin embargo, este enfoque adolece de unos elevados costos de transacción, y

es más adecuado cuando se pueden verificar con facilidad los incumplimientos en materia de calidad.¹⁰⁰

4. Las empresas reguladas deben presentar periódicamente información a La oficina de Servicios de Agua (OFWAT). En el mes de junio, las empresas deben presentar una declaración anual sobre las actividades del período anterior. Esta declaración es la principal fuente de la información que proviene de las empresas. La información que deben presentar las empresas son los Indicadores de niveles de servicio, el desempeño conforme al Régimen de Normas Garantizada, Indicadores no financieros, Cuentas regulatorias, Indicadores financieros entre otros.¹⁰¹

En general, quedó expuesta una de las formas de azar o riesgo moral y sus posibles soluciones dentro del contexto de regulación por precios tope. Por tanto, la utilización de incentivos como penalidades o premios por mantener el índice de calidad, imponer fuertes penalidades por fallas sistemáticas, la definición de metas mínimas del servicio, se constituyen en piezas claves para el control de la conducta de las empresas reguladas.

¹⁰⁰ Regulación de la prestación privada de servicios relacionados con el agua, Naciones Unidas, Cepal Santiago de Chile, 1997, <http://www.cepis.org.pe/eswww/fulltext/repind64/regpre/reg.html>. 1997. Fecha de Consulta: 15 de Febrero de 2005.

¹⁰¹ Fuente: Reino Unido/ OFWAT (2001) tomado de JOURAVLEV , Andrei . *Acceso a la información : una tarea pendiente para la regulación latinoamericana*. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile . Agosto 2003 recuadro 4 Pág. 25.

Tasa de Rentabilidad y Precio Tope en los Contratos de Concesión.

La regulación por tasa de rentabilidad o precio tope dada por el regulador se incorporará en el contrato de concesión y se constituirá en los réditos del concesionario. Por tanto, en el momento de diseñar el contrato de concesión se deberá prever las diferentes medidas para disminuir el riesgo del azar moral.

3.2.2. De los Riesgos Exógenos

A continuación se presenta la experiencia Argentina para observar los problemas y las soluciones planteadas a uno de los riesgos exógenos en particular el riesgo cambiario que ya había sido clasificado dentro de los denominados riesgos financieros.

3.2.2.1. Caso de Argentina

- Aspectos Generales de la concesión.

Es importante traer a colación, lo mencionado en el acápite 3.2.1.1 sobre los aspectos generales del contrato de concesión de Aguas Argentina.

-Riesgo Cambiario ¹⁰²

Desde Abril de 1991, luego de aprobada la Ley de Convertibilidad en Argentina, se prohibió la indexación en los contratos, motivando como alternativa la dolarización tarifaria y el ajuste anual de acuerdo con la inflación de los Estados Unidos. La ley de convertibilidad imponía la paridad del dólar con el peso argentino.

En el contrato de concesión de Aguas para la actualización anual de las tarifas se procedió a utilizar la ley de convertibilidad como mecanismo que permitiría cubrir el riesgo financiero basándose en la dolarización tarifaria y en consecuencia al ajuste anual de acuerdo con la inflación de los Estados Unidos.

Cuando ocurrió la crisis de emergencia económica en Argentina, se presenta una devaluación del peso argentino quedando las tarifas cubiertas por la dolarización protegiendo a las empresas pero apartándose en forma desproporcionada de la capacidad de pago de los usuarios producto de la crisis.

En la actualidad, el gobierno nacional se encuentra en un proceso de revisión y renegociación de los contratos de concesión de servicios públicos firmados durante la década de los noventa.

Esta situación se produce como consecuencia de la ruptura de los contratos por parte del Estado al congelar por ley, tarifas que se encontraban nominadas en

¹⁰² URBIZTONDO, Santiago. *Novedades Regulatorias, Número 12*: Documento elaborado por el Departamento de Estudios Regulatorios de FIEL., Febrero, 2002., Pág. 16 a 20.

dólares e indexadas, la mayoría de las veces, por índices de dólar estadounidense.

Aquí se ve la importancia de una adecuada asignación de riesgos, ya que si el riesgo cambiario hubiera sido explícitamente asignado a alguna de las partes probablemente no hubiera sido necesario producir una ruptura de los contratos de concesión. Las tarifas nominadas en dólares en definitiva asignaban el riesgo cambiario a los usuarios.

En el Segundo Congreso Argentino de Administración Pública. Sociedad, Estado y Administración ¹⁰³ se propuso para la administración de los riesgos exógenos financieros en los contratos de concesión que estos deberían ser asumidos por las concesionarias y no por el Estado a través de garantías, ya que de lo contrario se reduce el incentivo del sector privado a elegir proyectos rentables, aumentando la probabilidad de ocurrencia de los riesgos. Por otro lado, dado que las garantías asumidas por el Estado no aparecen en el presupuesto, existe un incentivo a otorgar demasiadas garantías, que en caso de tener que ejecutarse podrían provocar una crisis fiscal.

¹⁰³ CAMMISA Eduardo, PIAZZA Gustavo. *El manejo de los riesgos en la concesión de Servicios Públicos*. Segundo Congreso Argentino de Administración Pública. Sociedad, Estado y Administración. Disponible en Internet http://www.aaeap.org.ar/ponencias/congreso2/Camissa_Eduardo.pdf, Fecha de Consulta: Octubre de 2004.

Los riesgos asociados a la tasa de interés y al tipo de cambio pueden ser mitigados por medio de los mecanismos disponibles en los mercados financieros, tales como opciones, contratos a término, contratos futuros, entre otros.

De esta forma, queda expuesto los riesgos endógenos y exógenos, y su manejo de forma comparada en países como Argentina, Estados Unidos y el Reino Unido.

4. TITULO IV: EL PROBLEMA DE LA INFORMACIÓN EN EL CASO COLOMBIANO.

4.1. Capítulo I: Manejo de Riesgos en el Contrato de Concesión de Montería.¹⁰⁴

Para el presente análisis se ha tomado como punto de referencia el caso de la concesión de los servicios de acueducto y alcantarillado de Montería bajo la figura de áreas de servicios exclusivo tal como esta previsto en el artículo 40 de la ley 142 de 1994. En esta norma se aplica una excepción a la libertad de entrada de otras empresas en la prestación de este servicio. Este caso, fue el primero que utilizó esta figura de área de servicio exclusivo para acueducto y alcantarillado.

La Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico-CRA-, autorizó el área de servicio exclusivo debido a que se garantizaba en el mediano y largo plazo la prestación del servicio a estratos de menores ingresos aumentando la cobertura del servicio sin desmejorar la calidad del mismo; Así mismo, porque demostró que con el área de servicio exclusivo se produciría economías que permitían con los recursos disponibles llevar o subsidiar el servicio a los usuarios de menores ingresos. Adicionalmente, se tomaron en cuenta las condiciones

¹⁰⁴ El análisis del manejo de riesgos en el contrato de concesión de Montería, Capítulo 1 del Título IV se basó fundamentalmente en el texto de PABLO RODA, *Análisis de la Concesión de Acueducto y Alcantarillado en la Ciudad de Montería*, Banco Interamericano de Desarrollo Departamento de Desarrollo Sostenible., Washington D. C., Octubre de 2003 y en los pliegos de condiciones para la licitación del contrato de concesión para la financiación, mantenimiento, operación de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Montería.

geográficas del municipio, pues al ser atravesada por el Río Sinu, daba incentivos a construir sus propios sistemas de tratamiento de aguas en los estratos de altos ingresos o consumos elevados causando un desequilibrio en los aportes que se requerían para los subsidios de los estratos de bajos ingresos.

4.1.1 Del manejo de la selección adversa

En julio de 1999, finalmente se abre la licitación pública internacional, No 02-MM-LP-99 para entregar en concesión los servicios de acueducto y alcantarillado de Montería por un período de 20 años por "*competencia por el mercado*". Siete firmas adquirieron los pliegos de condiciones y 3 presentaron ofertas:

El consorcio FCC – Vivendi obtuvo el mayor puntaje que, de acuerdo con los pliegos, consistía en la ponderación de menor tarifa por los servicios de acueducto y alcantarillado y la propuesta de mayores conexiones en los estratos bajos, por encima de las metas de obligatorio cumplimiento. Es imperioso mencionar que no eran aceptables tarifas inferiores al 20% del promedio estimado entre las ofertas válidas.

Este punto es importante destacarlo en el análisis en cuestión, pues es un blindaje para el problema de la selección adversa. El hecho de poner un mínimo a la tarifa que se podría ofrecer por parte de los concurrentes, puede ser un instrumento

para evitar los precios predadores y las ofertas colusorias.¹⁰⁵ No obstante lo anterior, hay que tener cuidado con el hecho de acoger como criterio preponderante para la adjudicación, el menor precio ofrecido en tarifas. Lo anterior, porque puede convertirse en un incentivo inadecuado para ofertas predadoras y en consecuencia posteriores renegociaciones.

Otro de los instrumentos para mitigar los problemas de la selección adversa fueron los requisitos exigidos para el operador en los pliegos de condiciones, que condujeron a la concurrencia de empresas con trayectoria en la operación de sistema de acueducto y alcantarillado y que deben mantener una reputación en el sector.¹⁰⁶

4.1.2. Del manejo del Riesgo Moral:

La fórmula para el calculo tarifario que se incorporó en el pliego de condiciones sigue una metodología propia del contrato aunque en la mayoría de los aspectos, sigue la propuesta por la CRA.

¹⁰⁵ Ejercer *Low Bidding* , es realizar una oferta optimista y ganadora, especulando con la debilidad ex post del regulador para ejercer el oportunismo empresario. Por tanto, el operador que tiene el derecho a operar es aquel que tiene mayor capacidad (o habilidad política) de renegociar la concesión. Por lo tanto el operador elegido no es necesariamente el más eficiente ni el que posee la mejor tecnología o capacidad para bajar costos. Spiller(1999) tomado de SALTIEL Gustavo. *Seminario Internacional de Agua Potable*. Ibídem. Pág 241.

¹⁰⁶ Los pliegos de condiciones exigían que el proponente acreditara experiencia en la operación de al menos un sistema de acueducto y alcantarillado que en los últimos cinco años hubiera contado con 40.000 conexiones de acueducto y 30.000 de alcantarillado.

La fórmula tarifaria se asemeja a la tasa de rentabilidad o costo del servicio, por lo tanto, el control del riesgo moral debe estar orientado a evitar incentivos de sobre inversión establecidos por el efecto Averch-Johnson o costos excesivos.

Para resolver el problema del riesgo moral dentro del contexto de regulación por tasa de rentabilidad, el contrato de concesión de Montería, estableció que el concesionario en su cálculo tarifario, debía incluir un canon de arriendo por los activos del sistema y no, como dicta la regulación actual, el valor de los activos por reposición a nuevo, controlando conductas oportunistas por parte del concesionario de recibir remuneraciones inadecuadas.

Adicionalmente, se seleccionó como la mejor alternativa una concesión a 20 años, en la cual el objeto contractual no es llevar a cabo un programa específico de obras, sino responder por una serie de indicadores o metas de servicio. Se trabaja por resultados. Así, las metas de calidad en que el concesionario se obliga contractualmente son:

- Aumentar las coberturas en un cronograma establecido en los pliegos en términos de nuevos usuarios por año.
- La calidad del agua entregada a los usuarios debe estar acorde con lo estipulado en el decreto 475 de 1998.
- Ausencia de material flotante.
- Metas sobre continuidad del servicio, presión del agua entre otras.

El incumplimiento de estas metas genera sanciones pecuniarias y un incumplimiento reiterado conduce a la terminación anticipada del contrato y a la aplicación de fórmulas de terminación desfavorables al concesionario.

Adicionalmente, la verificación del cumplimiento de las metas de servicio está a cargo de una firma de interventoría que se contrató por concurso para un período de 20 años. La firma interventora supervisa las mediciones del concesionario en términos de calidad de agua, presión, continuidad, atención de reclamos, entre otros.

Por tanto hay un incentivo de castigos más que de premios para tomar la mejor decisión para el principal. Al establecer el contrato, multas por incumplimiento de las obligaciones contractuales de cada una de las partes se observa un esquema que refuerza los compromisos en el servicio y las metas de cobertura a que se obliga el concesionario. También obliga al municipio y la Nación a efectuar los aportes pactados contractualmente. No obstante, la imposición de multas implica procesos legales para demostrar el incumplimiento e imponer la sanción. *"Se considera más conveniente incluir en los contratos un sistema de incentivos*

*basado en premios o en descuentos automáticos que no impliquen el desarrollo de procesos legales “.*¹⁰⁷

Bajo esta óptica de análisis, la coherencia de las metas de los servicios y la flexibilidad en los programas de inversiones, han permitido que el concesionario optimice los sistemas con los recursos disponibles generando el mayor impacto en la calidad del servicio. El concesionario superó las metas en varias de las variables y en un período inferior al previsto en el contrato.

4.1.3. De los riesgos exógenos¹⁰⁸

Los riesgos comerciales, operativos, de diseño, construcción y los cambiarios quedaron en cabeza del concesionario.

El Estado asumió los riesgos asociados a la incertidumbre tarifaria y regulatoria y el incumplimiento de los aportes de contrapartida del municipio y la Nación. En el contrato se establece que en el evento en que los aportes o las tarifas caigan por debajo de las cifras pactadas se activa un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico. Este mecanismo consiste en la contratación de una banca de inversión que estime el impacto en las finanzas del concesionario generado por la modificación tarifaria, regulatoria o de aportes. La banca, además, cuantifica las

¹⁰⁷ RODA, Pablo. *Análisis de la concesión de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Montería*, Banco Interamericano de Desarrollo Departamento de Desarrollo Sostenible, Washington D.C., Octubre de 2003 Pág. 20.

¹⁰⁸ RODA, Pablo. *Ibíd*em

soluciones a este desequilibrio, que se pueden expresar mediante un incremento tarifario o una reducción en las metas de servicio y coberturas. En este caso, al aumentar las tarifas o reducir las coberturas del servicio, ante el riesgo de la demanda del servicio, el riesgo es trasladado a los usuarios. Por tanto, como se ha mencionado, los riesgos deben ser asumidos por el concesionario o en su defecto por el concedente.

El contrato obliga al concesionario a constituir una serie de pólizas a favor del municipio que realmente comprometen al concesionario en el cumplimiento de las metas pactadas. Ante incumplimientos, la garantía se hace efectiva, con lo cual el municipio es compensado total o parcialmente por los perjuicios.

Garantías:

- Garantía Bancaria que busca garantizar el aporte del concesionario
- Garantía de Cumplimiento para garantizar las obligaciones del concesionario
- Garantía para el Manejo adecuado de la inversión para garantizar la inversión de los recursos del municipio
- Garantía de Pago, salarios y prestaciones garantiza el pago de salarios
- Garantía civil extracontractual para pago a terceros
- Garantía para Vicios ocultos por el inadecuado mantenimiento del sistema durante la concesión.

Este análisis preliminar del caso de concesión de Montería, muestra una experiencia donde se aplica los conceptos de los tres problemas de información.

4.2. Capítulo II: Consideraciones del Caso Colombiano con relación al tema de la asimetría de información

Es importante destacar que Colombia es uno de los países latinoamericanos que ha desarrollado una regulación especial para el tema de los servicios públicos domiciliarios. En el país existen una serie de avances importantes de resaltar, pero lo anterior, no obsta para desarrollar más profundamente el tema del problema de la información dentro del contexto de la competencia.

4.2.1. Selección Adversa

La resolución 151 de 2001 desarrolla en la Sección 1.3.5 procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes para la gestión de los servicios públicos. En su art. 1.3.5.5 desarrolla una serie de reglas que se deben tener en cuenta para la selección de los contratistas en los contratos que celebran las entidades territoriales cuyo objeto sea transferir la propiedad o el uso o goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones o similares. Es importante destacar el numeral 6 del artículo en mención pues se exponen los criterios objetivos de selección que se deben tener en cuenta al calificar, clasificar y seleccionar al contratista.

Así se deben incluir:

- a) *Requisitos mínimos de calidad, continuidad, cobertura y sujeción a tarifas y fórmulas tarifarias (...)*
- b) *Experiencia previa de los funcionarios que directamente ejecutarán el contrato.*
- c) *Estructura administrativa*
- d) *Capacidad financiera*
- e) *Las tarifas, su actualización y las fórmulas tarifarias.*
- f) *La disponibilidad para financiar expansiones obligatorias*
- g) *(...)*

Estos pueden ser un instrumento para el control de la selección adversa en la etapa precontractual.

4.2.2. Riesgo Moral

4.2.2.1 Regulación por tasa de rentabilidad en los servicios de acueducto y alcantarillado ¹⁰⁹

La regulación por tasa de rentabilidad consiste en asignar los precios de acuerdo con los costos contables reportados en las empresas, de forma que les genere estabilidad financiera.

¹⁰⁹COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *El Estado del Arte de la Regulación en el Sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Tercer Mundo Editores, Bogotá, Colombia , Enero 2001 Pág. 141- 151

La estructura tarifaria, es una fórmula que cubre los costos fijos de la clientela y los costos medios a largo plazo. Los costos medios a largo plazo están asociados al valor presente de las inversiones, la reposición del valor a nuevo de los activos y de los gastos de mantenimiento.

El eje de esta clase de regulación de precios es reconocer una tasa de rentabilidad sobre el capital invertido. Así, la empresa podrá obtener como rentabilidad anual un porcentaje sobre el capital base, calculado como el total de inversiones efectivas realizadas.

En la aplicación del modelo puro de regulación *-denominado plus capital-* se descuenta la depreciación acumulada y el nivel de pérdida máxima en la producción del recurso. En el caso colombiano, esto no ha ocurrido a causa de las deficiencias de información sobre el valor de los activos, la deficiencia de la vida útil y el estado de los mismos.

Adicionalmente, otro problema de la regulación por tasa de rentabilidad es el hecho que las tarifas se hayan calculado con base en los costos contables de las empresas. En Colombia no existe una contabilidad regulatoria sólida siendo previsible que las ineficiencias se hayan trasladado a los usuarios.

La resolución 03 de 1996 ordenó la vinculación de todas las entidades prestadoras de servicios públicos de agua potable al régimen de libertad regulada, mediante la cual la comisión establece los criterios y metodologías para determinar costos de

prestación de servicios, de acuerdo con el criterio de suficiencia financiera que permite a las empresas recuperar los costos que incurren, bajo parámetros de calidad y eficiencia productiva.

La suficiencia financiera implica estrategias de mejoramiento y modernización empresarial en sistemas de información, procedimientos contables y control interno, manejo presupuestal, planeación estratégica entre otros aspectos.

La comisión fija anualmente las tasas de actualización que permiten mantener las tarifas en términos reales.¹¹⁰

El problema en Colombia es que no hay incentivos claros para disminuir costos, ni ser más eficientes en la prestación del servicio. Una política tarifaria debe incentivar la inversión garantizando la recuperación de costos, pero también debe crear incentivos para que las empresas aumenten su eficiencia productiva.

En Colombia, existe la tendencia del sector en la sobre-inversión (sobredimensionamiento de la infraestructura) trasladando las ineficiencias a los usuarios. *"La Comisión ha visto con preocupación los resultados de una regulación con predominio de elementos del esquema de la tasa de retorno, mediante el cual se reconocen los costos declarados por las empresas permitiendo aumentos*

¹¹⁰ La actualización permite cubrir el riesgo exógeno de la inflación.

graduales hasta alcanzar la tarifa meta, sin involucrar ningún tipo de mejoras en productividad y con presiones constantes por extender el periodo de transición”¹¹¹

Instrumentos para disminuir el Riesgo Moral

A continuación se relacionan algunos instrumentos que Colombia adelanta para disminuir la asimetría de información:

- *La contabilidad regulatoria: Sistema Único de Información (SUI):* Para tratar de estandarizar la información, la Ley No 689, del 28 de agosto de 2001, “*Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994*” crea el Sistema Único de Información. En su artículo 14 dicha ley estableció que corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) establecer, administrar, mantener y operar el Sistema Único de Información y elaborar un Formato Único de Información que sirva de base para alimentar dicho sistema. De esta forma se apoyan las funciones de vigilancia, control e inspección de la SSPD y las funciones de regulación de la CRA.

En desarrollo de la facultad del num 4 Artículo 79 de la ley 142 de 1994, la SSPD expidió las Resoluciones No 1416 y 1417, del 18 de abril de 1997, mediante las cuales se adopta el Plan de Contabilidad y el Sistema Unificado de Costos y Gastos, basados en la metodología de costos por actividad (“*Activity Based*

¹¹¹ SALAMANCA LEÓN, Jaime. *El nuevo marco regulatorio: ¿Un sueño o una necesidad?*. Revista Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Editora Guadalupe Ltda , Febrero 2002, Pág. 73.

Costing”), los cuales deben aplicar las entidades prestadoras desde el 1 de enero de 1998.

A pesar del gran avance hacia el intento de aplicar un sistema único de cuentas existe un bajo porcentaje de implementación de esta normativa. Esto ha llevado, “un exceso de información poco confiable y de mínimo valor agregado”.¹¹²

- *Planes de gestión y resultados como un intento de introducir la eficiencia productiva:*¹¹³ Por disposiciones de la ley 142 de 1994, las empresas prestadoras de servicios públicos se vieron obligadas a presentar planes de gestión y resultados. Con él, se intentó introducir el criterio de eficiencia económica en la regulación. Los planes se diseñaron para que las empresas presentaran en ellos los compromisos en acciones y proyectos de inversión de corto, mediano y largo plazo cuyo seguimiento era tarea de la superintendencia de servicios públicos domiciliarios. Los planes, debían ser presentados de forma definitiva por todas las entidades prestadoras incluyendo información histórica de 3 años y metas de gestión para 4 años como mínimo.

¹¹² STAPPE R, Cristian (2003), *Respuesta a la encuesta de la CEPAL sobre la información para la regulación*, 20 de marzo. tomada en : JOURAVLEV , Andrei. Acceso a la información : una tarea pendiente para la regulación latinoamericana. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile . Agosto 2003 Pág. 29

¹¹³ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *El Estado del Arte de la Regulación en el Sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Tercer Mundo Editores, Bogotá, Colombia , Enero 2001 Pág. 148.

Adicionalmente, el plan de gestión y resultados ha definido un conjunto de indicadores cuantitativos y de proceso y un esquema de seguimiento a la gestión de las entidades prestadoras

Los problemas que presentan estos planes es que no tienen información contable, son un simple trámite ante Ministerio de desarrollo (*hoy Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo*) que no tiene consecuencias concretas a quien lo incumple, ni de orden tarifario ni por sanciones severas.¹¹⁴

De lo anterior puede observarse que en la regulación general de acueducto y alcantarillado existen vacíos para el control de los riesgos endógenos (*selección adversa y riesgo moral*) de los operadores.

Por tanto, **la regulación por contrato, como es el caso de los contratos de concesión en áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, cobra relevancia para controlar el riesgo de la selección adversa y el riesgo moral que se pueden presentar en este tipo de monopolios naturales.**

¹¹⁴ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO; *Ibídem* Pág. 156.

5 TITULO V: HACIA UNA PROPUESTA JURÍDICA PARA DISMIUIR EL IMPACTO DEL PROBLEMA DE LA INFORMACIÓN.

5.1 Capitulo I: Como aminorar el problema de la información (Asimetría e Incertidumbre) en los Contratos de Concesión: *combinación de los tres problemas*

Para promover la competencia por el mercado, para evitar los abusos de posición dominante en la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, y para evitar conductas oportunistas de los agentes; en este capítulo se expondrá una propuesta que se debe tener en cuenta en el momento de diseñar los contratos de concesión.

5.1.1 De Los riesgos endógenos

Etapa Precontractual

5.1.1.1 Selección Adversa ¹¹⁵

En la etapa precontractual es donde se brinda mayor transparencia y legitimidad al proceso licitatorio, pues permite identificar al mejor oferente dentro de un contexto de competencia.

¹¹⁵ CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN. *Principios básicos del análisis microeconómico aplicados a la regulación*. Notas de Economía de la Regulación, Instituto de Economía, Universidad Argentina de la Empresa Pág. 36-37.

Para evitar la selección adversa, se propone, un diseño en el contrato de forma tal que los agentes se muestren como son (*screening*). Para esto, es necesario diseñar un menú de contratos en los pliegos de condiciones que identifican diferentes perfiles de operadores u oferentes de tal manera que estas opciones puedan ser seleccionadas por los mismos oferentes obligándolos a develar la información oculta o sino corren el riesgo de perjudicarse o de tener menos beneficios.

De esta forma, el agente u oferente con la característica buena trata de enviar una señal para que el que diseña el contrato, pueda diferenciar a las partes (*signalling*). El agente bueno incurre en un costo que el agente malo no está dispuesto a pagar. Así, el que diseña el contrato puede diferenciarlos.

En este caso, se intenta favorecer la autoselección de modo que los agentes eligiendo como serán remunerados, revelen su característica y se reduce la asimetría de información pues se devela la verdad.

Otra de las posibles soluciones a la selección adversa son las precalificaciones de las firmas (*agentes*), por parte de expertos y certificaciones de cumplimiento revisadas, antecedentes técnicos y requerimientos económico-financieros (*solventia, compromiso de oferta, etc.*)

Para la realización de pliegos es de suma importancia estudios técnicos serios, completos sobre el estado de la infraestructura para evitar hacer sobre

inversiones o sub-inversiones que inducirían a renegociaciones en la ejecución del contrato.

Etapa Contractual

5.1.1.2. Riesgo Moral ¹¹⁶

El eje central para solucionar el problema de azar moral son los incentivos (premios y castigos) que diseñe el principal para inducir al agente a cumplir con los objetivos del contrato. El que diseña el contrato va a tener que lograr sacar lo mejor del otro, entonces deberá incentivarlo a comportarse correctamente.

Los elementos del contrato que establecen la estructura de incentivos que enfrenta el concesionario son:

- a) **La estructura de precios** (ya se hizo referencia a las dos clases más importantes: Price Cap y Rate of Return).
- b) La anterior, debe estar acompañada de un **control de calidad**. Si los concesionarios no tuvieran que soportar ningún tipo de penalización, el deseo máximo de ganancias lo llevarían a tratar de disminuir sus costos vía disminución de calidad dando paso al problema del azar moral

¹¹⁶ Este acápite se fundamentó en los siguientes textos: CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN. *Principios básicos del análisis microeconómico aplicados a la regulación*. Notas de Economía de la Regulación, Instituto de Economía, Universidad Argentina de la Empresa Pág. 33-37 y INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN ECONOMÍA Y DIRECCIÓN PARA EL DESARROLLO - IDIED *Descentralización de decisiones de inversión en infraestructura fluvial (más allá de las concesiones...)* Facultad de ciencias empresariales Universidad Austral Rosario, Argentina junio de 1999 Pág. 24-31

c) **Detalle de las inversiones:** cuanto más detallado y complejo sea el contrato de concesión, menor es la flexibilidad a los cambios y mayores los controles que debe realizar el regulador. Lo anterior, quita espacio a la empresa para que tome sus propias decisiones y brinda facilidades para ejercer conductas oportunistas y posibles renegociaciones. *"Cuando los contratos tienen requerimientos específicos de inversión, existe la posibilidad de renegociación, ya que las inversiones no surgen como decisiones del concesionario, con base a incentivos adecuados, sino que son el resultado de las obligaciones contractuales"* (...).¹¹⁷ Adicionalmente, el principal, debe prestar más atención a la evaluación de los resultados que a los controles sobre insumos y procesos. Los contratos basados en resultados permiten incorporar incentivos atractivos y disciplinas competitivas para la prestación de servicios con resultados adecuados.

Los incentivos, deben inclinarse más por los estímulos a las buenas conductas que por los castigos. Los logros de calidad y eficiencia deben encontrarse en el marco normativo del contrato.

En el diseño de un contrato deben tenerse en cuenta dos restricciones:¹¹⁸

¹¹⁷ Spiller (1999) citado por SALTIEL, Gustavo, *La regulación Sectorial en Argentina: Una historia de conflictos y oportunidaes*, tomado de Seminario Internacional de Regulación en Agua Potable y Saneamiento Básico. Ministerio de Desarrollo Económico, Impreso en Bogotá Colombia, 2001. Pág. 248.

¹¹⁸ CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN. *Principios básicos del análisis microeconómico aplicados a la regulación*. Notas de Economía de la Regulación, Instituto de Economía, Universidad Argentina de la Empresa. Notas de Economía de la Regulación, pag 33.

1. La restricción de participación, según la cual el agente entra voluntariamente en el contrato si tiene asegurada por el principal una remuneración equivalente a la mejor alternativa que puede conseguir en el resto de la economía.
2. La restricción de incentivos, la cual dice que una vez acordados los términos del contrato, los agentes eligen aquellas acciones que les maximicen su bienestar y estas acciones son las mejores para el principal. Por tanto, es recomendable alguna relación clara entre la remuneración (*vía premios y castigos*) y los resultados.

5.1.2 De los riesgos exógenos

Riesgo: coparticipación del riesgo o contrato optimal ¹¹⁹

La asignación de esta clase de riesgo se atribuye a la parte que permite disponer de un menor costo para minimizarlo. Es decir, el riesgo debe ser asignado a quien pueda minimizarlo.

En la relación de intercambio en la que hay riesgo, como en los contratos de concesión, un contrato será optimal, cuando la parte menos adversa al riesgo asegura a la más renuente al riesgo. (*Principio de Borch*) ¹²⁰

¹¹⁹ CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN. *Principios básicos del análisis microeconómico aplicados a la regulación*. Notas de Economía de la Regulación, Instituto de Economía, Universidad Argentina de la Empresa, Pág. 30.

¹²⁰ *Ibíd.*

En el intercambio de riesgos, lo que debe suceder es que algunas de las partes le pasa el riesgo a la otra y esta que recibe el mayor riesgo a su vez recibe un pago. Este, es el denominado contrato optimal de riesgos.

De lo anterior, se busca diseñar un contrato de tal forma que la parte neutral al riesgo (*el principal*) asegure a la adversa (*agente*) al riesgo, minimizando los costos. Así, el concesionario no asumiría todo el riesgo y el estado no daría todas las garantías, que podrían ser difíciles de cumplir.

Los riesgos relacionados con la demanda se pueden mitigar al atar ¹²¹ la duración de la concesión a la demanda (menor demanda mayor duración), dejando de este modo el riesgo del lado de la concesionaria pero ofreciendo una compensación no monetaria.

Los riesgos asociados a la tasa de interés y al tipo de cambio pueden ser mitigados por medio de los mecanismos disponibles en los mercados financieros, tales como opciones, contratos a término, contratos futuros entre otros.

¹²¹ CAMISA Eduardo, PIAZZA Gustavo. *El manejo de los riesgos en la concesión de Servicios Públicos*. Segundo Congreso Argentino de Administración Pública. Sociedad, Estado y Administración. Ibídem.

CONCLUSIONES

Como se presenta en este análisis, los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, son monopolios naturales de alta sensibilidad social calificados por la ley 142 de 1994 como servicios públicos esenciales. Por lo tanto se hace imperativa la necesidad de buscar la promoción de la competencia por el mercado y el control por el abuso de posición dominante a través de la regulación por contratos. Dentro de este contexto, cobra relevancia el control de la selección adversa en la etapa precontractual, y el del riesgo moral y los riesgos exógenos en la etapa contractual.

En el diseño de un contrato de concesión es conveniente tener en cuenta entre otros aspectos: un menú de contratos de acuerdo con la revelación que la firma haga de sus costos (*Selección Adversa*); una remuneración asociada a la calidad del servicio para inducir a la firma a esforzarse por brindar un servicio de alta calidad (*Riesgo moral*); una remuneración fija, para asegurar a la parte adversa al riesgo. (*Riesgo exógeno*).¹²²

¹²² CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA REGULACIÓN. *Principios básicos del análisis microeconómico aplicados a la regulación*. Ibídem.

De todo este análisis se puede concluir la necesidad de investigar y desarrollar, elementos jurídicos-económicos para enriquecer en forma creativa la regulación por contratos, como es el caso de los contratos de concesión de los servicios de acueducto y alcantarillado, de tal forma que se logre disminuir el problema de la información que genera la selección adversa, el riesgo moral y los riesgos exógenos basado en las experiencias existentes en otros países y en Colombia.

El reto es entonces, lograr en lo posible que se reduzcan las renegociaciones, se eviten comportamientos oportunistas, ofertas predatorias para que los contratos de concesión bien diseñados sea una alternativa sostenible en beneficio del principal, los agentes y los usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado. De esta forma, la regulación económica, entendida como una nueva forma de intervención del estado en la economía, cumpliría uno de sus objetivos siendo este la regulación eficaz del monopolio cuando la competencia no es de hecho posible. Agregando además un elemento de vital importancia, y es el tener en cuenta a los agentes o firmas mediante un acuerdo negociado.

Este trabajo de grado, pretende hacer un acercamiento muy preliminar a un análisis económico del derecho a través de los contratos de concesión para los servicios de acueducto y alcantarillado para áreas de servicios exclusivo. La introducción de algunas técnicas de administración de riesgos, pretende minimizar la incertidumbre futura de los contratos, fomentar los incentivos hacia acciones que favorezcan el éxito de los proyectos, y maximizar la relación calidad versus costos de los servicios ofrecidos.

El objeto subyacente de este análisis es, en consecuencia, invitar a la reflexión, proponiendo repensar estrategias en la materia, a fin de que en futuras concesiones o renegociaciones contractuales se incorporen en su diseño instrumentos idóneos para el análisis de riesgos no sólo en el sector de acueducto y alcantarillado, sino en los demás servicios públicos domiciliarios. Todo lo anterior, con miras a buscar alternativas para la universalidad, continuidad y regularidad de la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Nota de Advertencia: Artículo 23 de la Resolución No. 13 de julio de 1946*"La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que la tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia".*

BIBLIOGRAFÍA

Normatividad Jurídica

- Constitución Política de Colombia
- Corte Constitucional
- Sentencia T- 578., 3 de Noviembre de 1992., Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero., Expediente No. T- 1848.
- Sentencia C-524., 16 de Noviembre de 1995., Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz., Expediente No. D-920.
- Sentencia C-043., 25 de Febrero de 1998., Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa., Expediente No. D-1754.
- Sentencia C-272., 3 de Junio de 1998., Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero., Expediente No. D-1880.

- Sentencia C-1162., 6 de Septiembre de 2.000., Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández., Expediente No. D- 2863.
- Sentencia C-616., 13 de Junio de 2001., Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.,Expediente No. D-3279.
- Sentencia C-710., 5 de Julio de 2001., Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño., D-3287.
- Sentencia C-389., 22 de Mayo de 2002, Magistrada Ponente : Clara Inés Vargas Hernández., Expediente No. D-3805.
- Sentencia C-150., 25 de Febrero de 2003., Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda., Expediente No. D- 4194.
- Ley 80 de 1993 *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"*
- Ley 142 de 1994 *"Por el cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."*
- Resolución de la CRA No. 151 de 2001 *"Por el cual se expide la regulación integral del sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia"*.

Textos

- ANDESCO- CEDE, *Análisis de la Evolución de los Servicios Públicos Domiciliarios durante la última década.* Acueducto y Alcantarillado. Diciembre de 2004.
- Brand, Salvador Osvaldo. *Diccionario de Economía.* Plaza & Janes Editores. 6 Edición, 2001.
- Cammisa Eduardo, Piazza Gustavo. *El manejo de los riesgos en la concesión de Servicios Públicos.* Segundo Congreso Argentino de Administración Pública.

Sociedad, Estado y Administración. Disponible en Internet
http://www.aaeap.org.ar/ponencias/congreso2/Camissa_Eduardo.pdf

- Capul, Jean-Yves; Garnier, Olivier, Dictionnaire d'économie et de Science Sociales, Hatier, Paris, Avril 1996.
- Dávila Vinueza , Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica a la ley 80 de 1993*. Legis. Primera Edición 2001.
- Comisión de Regulación de agua potable y saneamiento básico- CRA-; *El Estado del Arte de la Regulación, en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Jaime Salamanca León, Director -CRA.- Tercer Mundo Editores, Bogotá, Colombia, Enero 2001.
- Comisión de Regulación de agua potable y saneamiento básico- CRA-; Revista Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Editora Guadalupe Ltda. , Febrero 2002,
- Ibáñez Najar, Jorge Enrique. *Alcances y Límites de la Potestad Reguladora y Reglamentaria*. Vniversitas. Pontificia Universidad Javeriana. Diciembre de 2003 No. 106.
- Instituto de Investigación en Economía y Dirección para el Desarrollo - IDIED *Descentralización de decisiones de inversión en infraestructura fluvial (más allá de las concesiones...)* Facultad de Ciencias Empresariales Universidad Austral Rosario, Argentina junio de 1999.
- Institut d'Études Politiques, Toulouse - France, Cours de Regulation Économique et Service Publique de L'Europe (2002-2003).

- Centro de Estudios Económicos de la Regulación; *Principios Tarifarios y Mecanismos Regulatorios para los Servicios Públicos.*, Instituto de economía, Universidad Argentina de la Empresa.
- Centro de Estudios Económicos de la Regulación; *Principios Básicos del Análisis Microeconómico aplicados a la Regulación.* Instituto de Economía; Universidad Argentina de la Empresa.
- Jouravlev, Andrei ; Recursos Naturales e infraestructura, Regulación de la industria de agua potable: Volumen I :Necesidades de información y regulación estructural . Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile. Diciembre 2001.
- Jouravlev, Andrei. Recursos Naturales e infraestructura, *Regulación de la industria de agua potable: Volumen II : Regulación de las conductas.* Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile .Diciembre 2001.
- Jouravlev, Andrei. Recursos Naturales e infraestructura, *Administración del agua en América Latina y el caribe en el umbral del siglo XXI.* Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile .Julio 2001.
- Jouravlev, Andrei . *Acceso a la información : una tarea pendiente para la regulación latinoamericana.* División de Recursos Naturales e Infraestructura. Naciones Unidas. Cepal . Santiago de Chile . Agosto 2003
- Moreno, Luis Ferney. *Servicios Públicos Domiciliarios: Perspectivas del Derecho Económico.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001
- Miranda Londoño, Alfonso; Centro de Estudios de Derecho de la Competencia-CEDEC III.

- Miranda Londoño, Alfonso. *Compilación documentos sobre derecho de la competencia*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1999.
- Miranda Londoño, Alfonso. Márquez Escobar, Carlos Pablo. *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación*. Realizado para las VII Jornadas Internacionales en Honor del Profesor Allan Brewer-Carias. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia- Cedec
- Palacio Mejía , Hugo ; *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*, Editorial Derecho Vigente Santa Fe de Bogotá DC., 1999.
- Palacio Mejía , Hugo ; *El Derecho de los Servicios Públicos* Editorial Derecho Vigente S.A. Bogotá, 1999.
- Roda, Pablo. *Análisis de la concesión de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Montería*, Banco Interamericano de Desarrollo Departamento de Desarrollo Sostenible, Washington D. C., Octubre de 2003.
- *Regulación Integral del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico en Colombia*. Resolución CRA- 151 de 2001.
- *Seminario Internacional de Regulación en Agua Potable y Saneamiento Básico*. Ministerio de Desarrollo Económico, Impreso en Bogotá Colombia, 2001.
- Salamanca León, Jaime. *El nuevo marco regulatorio: ¿Un sueño o una necesidad?*. Revista Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Editora Guadalupe Ltda , Febrero 2002

- Urbiztondo, Santiago *Novedades Regulatorias, Número 12*:Documento elaborado por el Departamento de Estudios Regulatorios de FIEL .Febrero, 2002 pag 16 a 20.
- Valencia Agudelo, *Dario*. Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: *El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, Revista No. 18, Universidad de EAFIT, Disponible en Internet*
<http://www.eafit.edu.co/EafitCn/Administracion/Pregrados/Economia/revista>