

**EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. LAS NUEVAS
TÉCNICAS DE GENERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y
LAS DEMAS APLICACIONES QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DEL
CAMBIO INSTITUCIONAL.**

MICHAEL ALEJANDRO ALBA MARTINEZ.

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BOGOTÁ D.C.
2014**

**EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. LAS NUEVAS
TÉCNICAS DE GENERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y
LAS DEMAS APLICACIONES QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DEL
CAMBIO INSTITUCIONAL.**

Presentado por
MICHAEL ALEJANDRO ALBA MARTINEZ

Tesis presentada a la facultad de jurisprudencia de la universidad del Rosario
para obtener el título de Magíster en Derecho Administrativo

DR. JUAN CARLOS GARAY FORERO
Director de tesis

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
SEMESTRE II
BOGOTÁ D.C.
2014

A Dios nuestro señor en quien todo lo puedo y a sus incondicionales y fieles amigos que siempre han sido mis grandes aliados en todas mis batallas.

A Eunice Alba por ser siempre la luz en medio de la oscuridad.

A Gabriel López Caballero y Lucila Caballero De López
Por su apoyo inquebrantable.

A mi amado Padre Marco Alba que desde el cielo vela por mí.

A mi Madre Myriam Martínez gozo y felicidad permanente de mi existencia.

A mis queridos abuelitos por todo su amor y dedicación durante todos estos años.

Al Doctor Juan Carlos Garay mente brillante del derecho público Económico

CONTENIDO

INTRODUCCION.....	7
CAPITULO I. 1. CONSTRUCCIÓN TEÓRICA QUE PERMITE EXPLICAR EL CAMBIO INSTITUCIONAL DE UN RÉGIMEN DE MONOPOLIO ESTATAL A UN RÉGIMEN LIBERALIZADO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO.....	17
1.1 COMPRENSIÓN DE LA CONDUCTA HUMANA A LA LUZ DE LA TEORÍA ECONÓMICA. LA MAXIMIZACIÓN DE LA UTILIDAD EN LAS DECISIONES POLÍTICAS.....	17
1.2 LA INMENSA NECESIDAD QUE LOS PRECIOS DE LOS SERVICIOS SEAN FIJADOS POR LA COMPETENCIA.....	20
1.3 LA DINÁMICA DE LOS CAMBIOS INSTITUCIONALES Y EL DESEMPEÑO ECONÓMICO	30
1.3.1 La relación existente entre instituciones y costos de transacción.....	33
1.3.2 Los cambios institucionales son generados por quienes ostentan el poder económico.. ..	35
1.4 ESFUERZOS PROPUESTOS POR LA TEORÍA ECONÓMICA COMO MEDIOS DE CONTENCIÓN DE LA ACTIVIDAD POLÍTICA EGOÍSTA.....	37
1.5 EL PAPEL DE LAS REGLAS Y EL PODER COERCITIVO DE LAS INSTITUCIONES QUE VELAN POR SU CUMPLIMIENTO.....	44
1.6 LA CERTIDUMBRE RESULTA PLENAMENTE EXPRESADA AL INCORPORAR AL MODELO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO LA LIBRE COMPETENCIA.....	46
1.6.1 Fallas en la intervención estatal.	49
1.7 EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO MEDIO DE CONTENCIÓN DEL OPORTUNISMO POLÍTICO EN MATERIA DE TARIFAS.	60
1.7.1 El oportunismo político en materia de servicios públicos.....	60
1.7.2 Algunas alternativas institucionales implementadas por la teoría económica encaminadas a corregir el problema del oportunismo político en materia de servicios públicos.	65
1.7.3 El contrato de concesión de servicio público como instrumento jurídico para la eliminación del oportunismo político..	75
1.8 LA INCIDENCIA DE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN COMO FACTOR DE CAMBIO INSTITUCIONAL EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.	81
1.8.1 Los costos de transacción ex Ante.....	83
1.8.2 Los costos de transacción Ex post.....	86
1.9 EL PROBLEMA DE LA EFICIENCIA EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. ANÁLISIS DEL MERCADO GENERAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMOS REGULATORIOS ALTERNOS PARA GARANTIZAR SU CORRECTO FUNCIONAMIENTO.....	87

CAPITULO II.....	115
------------------	-----

2. DEFINICIÓN DE LAS REGLAS EN LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. (DESARROLLO HISTORICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN JURIDICO QUE ORIENTA SU FUNCIONAMIENTO.).....	115
--	-----

2.1 DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.....	115
--	-----

2.1.1 El servicio público como fase histórica y como elemento integrador del régimen concesional.	118
---	-----

2.1.1.1 Prestación de los servicios públicos por medio de contratista interpuesto. ”	119
--	-----

2.1.1.2 Prestación del servicio público directamente por el Estado.....	122
---	-----

2.1.1.3 El regreso al sistema concesional como forma de prestación del servicio.....	124
--	-----

2.1.2 La concesión de servicio público y su nuevo rol de régimen excepcional en la actual época de liberalización.. ..	125
---	-----

2.2 EL RÉGIMEN JURÍDICO QUE ORIENTA SU FUNCIONAMIENTO.....	126
--	-----

2.2.1 La concesión de servicio público como contrato administrativo.....	126
--	-----

2.2.1.1 Definición.....	126
-------------------------	-----

2.2.1.2 Capacidad y legitimación de las partes.....	135
---	-----

2.2.1.3 Las cláusulas exorbitantes como criterio de diferenciación.. ..	136
---	-----

2.2.1.4 Diferencias entre los contratos privados y públicos.	137
---	-----

2.2.2 Elementos estructurales de la concesión de servicio público.	140
---	-----

2.3 EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.....	165
---	-----

2.3.1 La jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al contrato de concesión de servicio público.	173
---	-----

2.3.2 La jurisprudencia del Consejo de Estado frente al contrato de concesión de servicio público.	175
--	-----

2.3.3 la jurisprudencia Arbitral y su influencia en la concesión de servicio público.	177
--	-----

2.3.4 La concesión de mercado y las áreas de servicio exclusivo. invitación pública, áreas de servicio exclusivos, en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos podrá ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.	194
---	-----

2.4 ASPECTOS ESPECIALES DE LA REGULACIÓN DE ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO COMO ELEMENTO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.....	202
--	-----

2.4.1 Las tarifas contractuales y la intervención ocasional de las comisiones de regulación. ..	202
---	-----

2.4.2 La obligación impuesta al concesionario de asumir la naturaleza de empresa prestadora de servicios públicos.	205
--	-----

2.5 LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y LA LEY 1.508 DE 2012.....	207
---	-----

CAPITULO III.....	210
3. LAS NUEVAS APLICACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN LA ACTUALIDAD Y QUE APARECEN COMO CONSECUENCIA DEL CAMBIO INSTITUCIONAL. LA ADAPTABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN A VARIADAS NECESIDADES ECONOMICAS DEL NUEVO REGIMEN DE PRESTACIÓN.	210
3.1 LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO EXPRESIÓN DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE GENERACIÓN DE INFRAESTRUCTURA EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	210
3.1.1 Las nuevas teorías de asociación de sistemas publico privados para la generación de infraestructura estructuradas bajo formas jurídicas contractuales.	219
3.1.2 Project finance y el contrato BOT.	224
3.1.3 Estructura y aspectos contractuales del proyecto.	230
3.2 LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO MEDIO ALTERNATIVO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO CUANDO SE HACEN PATENTES LAS DEFICIENCIAS DEL MERCADO	236
3.2.1 Mercados deficientes donde la situación económica de los usuarios hace impracticable la competencia y se hace necesaria la intervención estatal.	235
3.2.2 El monopolio natural que surge con ocasión de las infraestructuras en red y la concesión de servicio público.	244
3.2.3 La técnica de publicación como reconocimiento legal de monopolios en materia de servicios públicos.	244
3.2.4 Algunas razones que desde la perspectiva de los Estados y del tribunal de la competencia europea suscitan resistencia a los procesos de liberalización con una correlativa exaltación de la fórmula concesional.	256
3.2.5 La regulación económica de la red cuando se admiten derechos de propiedad sobre la misma.	261
4. CONCLUSIONES	265

INTRODUCCION

Si bien el derecho administrativo como disciplina jurídica en buena medida ha dedicado grandes esfuerzos teóricos para explicar la crisis y la desaparición de la teoría del servicio público y la construcción de un régimen liberalizado como medio de introducción a la competencia como regla fundamental de la prestación del servicio público, muy pocas veces estos esfuerzos doctrinales han logrado encontrar los insumos teóricos adecuados para explicar esta importante transición. Por tal motivo uno de los primeros retos de esta investigación se encuentra dirigido a explicar este importante cambio a la luz de la teoría económica, especialmente aquellas teorías que contemporáneamente se han dedicado a explicar los cambios institucionales. Como forma de corroborar esta percepción, puede apreciarse la aparición y desarrollo del nuevo institucionalismo normativo que como disciplina enteramente económica hoy integrada al análisis económico del derecho, estudia con la ayuda de teorías exclusivamente económicas la dinámica, funcionamiento y cambio de las instituciones del Estado, así al definir su objeto de estudio ha podido señalarse lo siguiente: “El institucionalismo normativo enfatiza las funciones que desempeñan organizaciones que componen el gobierno de las sociedades consideradas como instituciones que actúan dando forma a su medio ambiente. Las instituciones regulan el comportamiento social y su ambiente económico, por lo que el cambio de este entorno requiere también cambios institucionales.”¹

Para entender las diferencias presentes entre el institucionalismo viejo y el nuevo institucionalismo ha sido necesario concentrarse en explicar en qué ha consistido este tránsito del institucionalismo al neoinstitucionalismo, es decir en valorar los fundamentos de esta evolución. Desde luego esta es una evolución que se funda sostenidamente en la manera en que se perciben los acontecimientos históricos, pero principalmente en la manera como se concibe el papel que desempeñan las instituciones. Por consiguiente en el institucionalismo antiguo era muy frecuente que de la gran variedad de disciplinas de las ciencias sociales, estas tuvieran un enfoque muy tradicional que en el nuevo institucionalismo cambia para dar un enfoque nuevo a cada disciplina de las ciencias sociales, que tiene como mayor virtud el considerar a las instituciones como portadoras de verdaderas soluciones a los problemas de la sociedad. Así: “Neoinstitucionalismo quiere decir algo

¹ VARGAS HERNÁNDEZ José Guadalupe. *“Perspectivas del institucionalismo y neoinstitucionalismo.”* Revista ciencia administrativa Vol. 10 Año 2.008. Instituto de investigaciones y estudios superiores de La ciencia administrativa. Veracruz México. Pág. 51.

diferente en cada una de estas disciplinas alternativas, donde cada una de estas perspectivas tiene algo que contribuir a una mirada más profunda de la manera como las instituciones le dan forma a la vida social.”²

Lo más importante en ello resulta siempre de considerar, que el neoinstitucionalismo en sí mismo no es simplemente una disciplina sencilla, sino por el contrario puede operar y aportar una más variada visión al interpretar la manera en que las instituciones se comportan en la sociedad, pero si puede admitirse que el centro de su estudio, se enfoca de una manera importante en la forma en que las instituciones contribuyen al mejoramiento y al desenvolvimiento de las personas comunes y corrientes de la sociedad, lo cual nos permite trasladar el enfoque, pues ya no se estudia una institución individualmente considerada sino que además se estudian los efectos que ellas tienen en los individuos normales y corrientes del cuerpo social.

Y es precisamente en esto en lo que ha consistido la evolución del institucionalismo al neoinstitucionalismo, pues se presenta como una forma muy distinta de apreciación y análisis de los acontecimientos y de las instituciones que los influyen. En un principio ya propiamente hablando del influjo del institucionalismo tradicional, podía concebirse que la reconstrucción de los acontecimientos era una disciplina que efectuaba bajo criterios eminentemente políticos, de ahí que durante mucho tiempo no pudo desligarse la historia propiamente dicha sin inmiscuirse directamente en acontecimientos de orden político dentro de las sociedades, y esta es precisamente la razón para que por muchos años a la historia se le concibiera únicamente como una historia política. Lo cual naturalmente siempre ha adquirido matices y orientaciones muy particulares, ya que cuando la historia de las instituciones es abarcada solamente desde esta perspectiva política, tiende de manera natural a convertirse en una historia eminentemente personalista, que solo habla de reyes, cortes y jueces o sus nociones presentes de presidentes legisladores y jueces o como lo menciona la doctrina: “Contada a través de historias de personalidades cautivantes y atrevidas, historias tradicionales fueron esencialmente la de instituciones políticas con su conformación y reconfirmación. Reyes y sus cortes, los Estados que se constituyeron alrededor de ellos y las guerras entre ellos son artefactos institucionales, los productos de organizaciones políticas. En este sentido la historia como una disciplina, tradicionalmente ha sido institucional en sus fundamentos de orientación.”³

² GOODIN ROBERT E. “*The theory of institutional design*”. Cambridge University press. 1.996. Pag 2

³ Ibidém pág 2.

De esta manera el institucionalismo tradicional formalizo por mucho tiempo una relación inescindible con los asuntos de orden político y lo sigue haciendo. Ese enfoque sobre las instituciones políticas refleja lo que se ha caracterizado como historia del viejo institucionalismo. En consecuencia la transición del institucionalismo al neoinstitucionalismo como se mencionó superficialmente, es una transición que se fundamente en encontrar un nuevo sentido a la historia y a las instituciones produciendo una separación entre el fenómeno político y los acontecimientos que ocurren en lo profundo de la sociedad que será el nuevo punto de interés. Por ello la visión política de la sociedad y su desenvolvimiento, solo será tenida en cuenta para explicar los efectos que ello produce dentro del mismo cuerpo social, y el comportamiento de las instituciones solo tendrá sentido si se orienta a reflexionar en la manera como estas instituciones influyen para bien o para mal en la vida de las personas. O como se ha dicho. “A lo largo de este siglo y entendiendo la historia de reyes y guerras ha pasado gradualmente a la historia social sin importar que muchos movimientos hayan considerado ese cambio como precipitado. La historia ha crecido para ver el cada día en la vida y lo que cuenta como historia central es la experiencia vivida en el pasado, la historia de las cortes ya es irrelevante. Históricamente lo que ocurría en las cortes se imponía como el elemento central de la existencia diaria. En los años recientes el enfoque de la historia como disciplina ha cambiado, ya que la vida diaria de una persona ordinaria hemos llegada a apreciarla ya que ella no se mantiene por si sola y separada del resto de la sociedad.”⁴

El resultado de esta nueva manera de asumir el sentido de la historia puntualiza que el ciudadano es un producto social, por ende la manera como él vive y la forma como él se desempeña en la sociedad debe reconocerse que es el producto o la influencia que la actividad política y las instituciones han logrado ejercer sobre él. Uno de los aciertos más apreciables de este enfoque neo institucional radica sabiamente, en que a medida que se produce el estudio de los ciudadanos e individuos que componen una sociedad, sistemáticamente se tiene que estudiar esa influencia que ese entramado institucional es capaz de ejercer en sus vidas. Pero no solo por ello es que se torna interesante este reencauzamiento de la manera de apreciar la historia, sino porque en ultimas las teorías democráticas de la soberanía popular acertadamente y asertivamente, han enseñado que los ciudadanos siempre deben ser el centro de toda actividad política y por ende ellos ocupan un nuevo lugar en esta recategorización de la historia.

También en estricto sentido igual desplazamiento puede apreciarse en la ciencia económica, que cada vez es más insistente en enaltecer a los individuos como el

⁴ Ibidém pág 3

núcleo esencial del sistema económico y de las medidas económicas. “El nuevo enfoque es sin duda más amplio, obrando aspectos importantes como las iglesias, la familia y el mercado laboral y en los órganos del Estado más estrechamente (los trabajos de las agencias sociales de ayuda, como el bienestar familiar o trabajos públicos o agencias públicas de salud.) Como resultado de esta reorientación de la forma de percibir y estudiar la historia una vez más la historia es acerca de los trabajos de las estructuras sociales y ahora con el nuevo enfoque se tendrá en cuenta el impacto de estas estructuras en gente real con vidas ordinarias.”⁵

Desde este enfoque, es preciso afirmar que la aparición y fortalecimiento de nuevas percepciones de la disciplina jurídica como el análisis económico del derecho, han servido fundamentalmente para integrar los postulados de la ciencia económica a la comprensión de los fenómenos jurídicos, por tal razón y frente a este nuevo enfoque se viene sosteniendo que: “La norma jurídica constituye el elemento determinante de la explicación de la conducta considerada, en tanto puede decirse que su contenido es la representación tomada en cuenta por el sujeto para actuar, por lo que el análisis económico proporciona los criterios para calificar la racionalidad económica de una conducta concreta.”⁶ Por ende el resultado de esta nueva metodología de la investigación jurídica ha traído consigo importantes consecuencias, la primera de ellas y de gran trascendencia para esta tesis es comprender y por fin desde la óptica económica las razones que explican el cambio institucional presente en la teoría de servicio público que se caracterizaba por la creación artificial de monopolios estatales a la implementación de la libre competencia como regla económica fundamental del nuevo sistema liberalizado. Una vez entendidos los fundamentos teóricos que gobiernan dicha transición podemos a su vez y simultáneamente explicar cómo instituciones jurídicas como el contrato de concesión de servicio público cambian para adaptarse a las nuevas realidades económicas del régimen de prestación de los servicios públicos. Desde ese punto de vista los cambios previstos en determinada institución pueden obedecer a varios factores de ajuste, sin embargo debemos destacar uno que ha ejercido una gran influencia al cambio.

Como es bien sabido el poder económico ha establecido mayor poder de influencia en los centros de decisión política, cuestión que es explicada por la permeabilidad existente de los sistemas de financiación de campañas electorales con recursos provenientes de los sectores más pujantes de la economía, y esto en cuestión ha facilitado abiertamente a que muchos empresarios con el ánimo de

⁵ Ibidém pag 3.

⁶ COSSÍO DÍAZ José Ramón. “Derecho y análisis Económico.” Instituto tecnológico autónomo de México. Fondo de cultura económica. México D.F 2.007.PÁG 230.

hacer más efectivas las instituciones a favor de sus propios intereses, como es el aumento de sus propias utilidades, influyan en los centros de decisión política que se encuentra a su servicio para modificar o cambiar las instituciones con el fin de que más se acomoden al logro de sus objetivos. Como contrapartida a esta posición la dinámica del cambio institucional también puede obedecer a la inclusión de reglas para hacer las reglas que decantan y depuran la toma de decisiones en el proceso político y que garantizan que instituciones burocratizadas, logren emprender el cambio gracias a la primacía del interés general presente en el proceso constituyente, nos referimos por su puesto al cambio de régimen en la prestación de los servicios públicos de un régimen estatal a un régimen privado y que se constituye en un hito fundamental en el análisis de la concesión de servicio público y su cambio institucional.

Como se podrá ver y como aspecto que facilita el desenvolvimiento metodológico, se ha planteado la existencia de dos periodos históricos y se ha desarrollado toda una investigación en tratar de demostrar el desenvolvimiento y funcionamiento del instituto concesional en cada uno de estas dos épocas, mas sin embargo no se puede abruptamente desligar los dos periodos sin utilizar la teoría y las técnicas precisas para explicar por qué se produjeron esos cambios y más concretamente, la razón por la cual se produjo una transición histórica de la teoría del servicio público a un régimen de prestación del servicio enteramente liberalizado.

En consecuencia esta tesis planteara los nuevos cambios de acción del contrato de concesión de servicio público, como consecuencia del cambio institucional y que brevemente pueden relacionarse así: i) La concesión de servicio público como medio de contención del oportunismo político ii) La concesión de servicio público como medio de generación de infraestructura en materia de servicios públicos. iii) La concesión de servicio público como medio alternativo de prestación en monopolios naturales.

Debe entonces en esta precisa línea de orientación de las ideas, hacer énfasis en que la aplicación del análisis económico del derecho, pero fundamentalmente del constante empleo de la teoría del cambio institucional como teoría seleccionada, permitió efectuar hallazgos investigativos de suma importancia. En un primer orden metodológico la teoría del cambio institucional utilizada como herramienta de liberación de nuevo conocimiento, fue contundente al revelar dos situaciones económicas de gran coyuntura; la primera de ellas i) se encuentra en la revelación de los argumentos económicos de fondo que permiten explicar científicamente el cambio institucional que se presenta en la ruptura del esquema de prestación de servicio público, que se precisa en una transición de la estructura monopólica a un régimen liberalizado que tiene como característica el desmonte de monopolios estatales y la constitución de mercados con tendencia ser altamente competitivos.

Para ello el lector se encontrara que se aplicaron consistentemente insumos teóricos pertenecientes a la teoría del cambio institucional, que como el análisis de los costos de transacción y la certidumbre pueden explicar con suficiencia la transición mencionada.

ii) Una vez se han explicado los cambios que se dieron en el régimen de prestación del servicio público, muchas instituciones jurídicas que tenían una función específica y detallada en el régimen de servicio público de monopolio estatal y que según estos parámetros se habían adaptado desde un principio a este esquema de prestación, también son sensiblemente impactadas por esta transformación y en ese orden de ideas al cambiar su base ideológica y lo que justificaba la forma en que se ejercía su desempeño económico, pues necesariamente y como si se tratara de un efecto dómimo, propicia el cambio en estas instituciones jurídicas, es decir en las aplicaciones económicas del contrato de concesión de servicio público. Justificándose de manera simultánea la aplicación de la teoría institucional a estos dos eventos bien diferenciados.

De manera concreta el planteamiento metodológico puede sintetizarse de la siguiente manera: En un primer escenario el direccionamiento de la teoría del cambio institucional, para efectuar la comprensión de la transición presente en el régimen de prestación del servicio público del monopolio estatal aun régimen liberalizado y como consecuencia de ello hace su aparición un segundo escenario, ya que los mismos componentes teóricos sirven para explicar los cambios institucionales, que se presentaron en el contrato de concesión de servicio público. De esta manera puede coincidirse en que los elementos de la teoría del cambio institucional de manera general, sirven para explicar los dos fenómenos, sus causas y resuelven los interrogantes sobre la dinámica de los cambios.

En consecuencia la teoría del cambio institucional propuesta a lo largo del primer capítulo ha servido ampliamente para proponer también al lector, una explicación fundamentada en razones económicas del porqué de la transición que se presentó en el contrato de concesión de servicio público. A grandes rasgos entonces puede señalarse, que el contrato de concesión de servicio en el régimen de monopolio estatal, servía básicamente para otorgar a un particular la explotación de un servicio público en forma de monopolio, probablemente lo que hoy se considera un monopolio artificial, sin que para ello se efectuara algún tipo de reflexión económica o de utilidad. De tal modo se otorgaban concesiones de servicio público tal vez por una comprobada incapacidad administrativa del ente público o por la comprobada efectividad de la gestión privada en la actividad industrial, pero el paso al régimen liberalizado del servicio público(cambio institucional), hizo que consecuentemente este contrato fuera aplicado para regular nuevas situaciones

económicas, de tal suerte que la transición en mención pudo advertir nuevos usos y aplicaciones a la concesión o contrato de servicio, que antes podían pasar casi que completamente inadvertidas, estas nuevas aplicaciones surgen con ocasión del cambio.

Por ende unas serán las aplicaciones del contrato de concesión de servicio público en el antiguo régimen y otras muy distintas en el nuevo, de esta manera el contrato en mención adquiere nuevas dimensiones y si bien en cierto momento se pensó su extinción del ordenamiento jurídico administrativo, hoy por razones económicas se produce su subsistencia, tal vez con un nuevo vigor institucional, que se justifica hoy por definidas y concretas razones que avalan su empleo por parte de la administración. De esta forma y gracias a los cambios institucionales estudiados, la concesión de servicio público por los días que corren, puede ser empleada como un medio de contención del oportunismo político, ya que permite condiciones de estabilidad a los inversionistas privados, previniendo cambios bruscos y perjudiciales tanto en el régimen jurídico como tarifario que ponga en peligro las inversiones acometidas. Desde luego y si se observa con atención esta especial regulación, ella en si era algo que jamás se utilizó en el régimen de monopolio estatal, pero que surge hoy con gran importancia por la necesidad que acompaña a muchos inversionistas privados de obtener un régimen estable a las inversiones.

Lo mismo ocurre con los sistemas contractuales de generación de infraestructura, pues la generación de infraestructura en el tiempo presente, obedece más a la necesidad de crear una economía dinámica que facilite el intercambio y la maximización económica por parte de los actores privados, donde el Estado se reserva solamente la función reguladora, por ello si bien la generación de infraestructura estuvo siempre fundamentada por razones públicas o de utilidad general y de bienestar, hoy más nítidamente adquiere una justificación fundamentada en la dinamización de los mercados, más que en una necesidad de desplazamiento o de infraestructuras de servicios públicos, pues antes se pensaba más en satisfacer necesidades humanas y hoy si bien se tiene en cuenta lo anterior, se busca primordialmente la satisfacción de las necesidades industriales y de comercio. Hoy puede verse que la concesión de servicio público desde que se produjo la liberalización de este mercado, se ha especializado como contrato de generación de infraestructura.

Pero como se verá en su momento, un escenario donde el contrato de concesión de servicio público adquiere hoy en día una de sus mayores aplicaciones como consecuencia del cambio institucional, es en su inmensa vocación para regular monopolios naturales de servicio público. Si bien es cierto que hoy la economía y

el derecho administrativo han aceptado la propiedad pública sobre la red que es el primer fundamento del monopolio natural, también como tendencia se defiende la idea de preservar y emplear este contrato como medio de regulación de este monopolio. Lo mismo puede replicarse en otras circunstancias que dan origen al monopolio natural, como la existencia misma de mercados económicamente insuficientes que por conveniencia operativa, dan solo participación a un solo operador del servicio.

Como puede observarse estas son sin duda excepciones que quedan imperantes en un régimen liberalizado, que propende en todo momento por la formación de mercados dinámicos, pero que al convertirse este ideal en algo imposible, no queda otro camino, que emplear la concesión de servicio público para superar estas difíciles coyunturas económicas. Es importante analizar que esta concreta aplicación, no podía haberse advertido sino se hubiera liberalizado el mercado del servicio público, pues nadie se hubiese preocupado por buscar estrategias que permitieran solucionar la compleja situación administrativa que implican los monopolios naturales en la prestación de los servicios públicos.

De manera ya concluyente es importante sostener entonces, que los cambios institucionales presentes en la forma económica de la prestación de los servicios públicos y que auspician la transición del monopolio estatal al régimen liberalizado, hacen, permiten y desarrollan nuevos cambios en instituciones dedicadas a la prestación de los servicios públicos, cambiando toda la institucionalidad de manera simultánea. En este caso las teorías económicas aplicables a la prestación del servicio y al mismo tiempo al contrato de concesión de servicio público, en consecuencia una y otra justificada económicamente por la teoría del cambio institucional. Entonces ese cambio se mostrara en múltiples facetas, ya que si bien unas instituciones desaparecen de plano como el monopolio estatal de servicio público, otras instituciones se transformarían y se adaptarían como ocurre con el contrato de concesión, de este modo los cambios institucionales de la economía del servicio público, como en un efecto dómينو harán surgir las nuevas aplicaciones del contrato de concesión de servicio público, en ese sentido, el cambio institucional es una valoración económica a nivel macroeconómico (Cambio en el régimen de prestación del servicio público) y las nuevas aplicaciones que dicho cambio suscita serán que la concesión de servicio público pueda ser empleada como: i) Un mecanismo efectivo para la eliminación del oportunismo político ii) como un mecanismo efectivo para la generación de infraestructura en materia de servicios públicos y iii) como un mecanismo efectivo para la superación de los efectos nocivos del monopolio natural en materia de servicios públicos.

Del mismo modo la presente investigación y a modo de limitación del tema de investigación se enfocara en el tema de los servicios públicos domiciliarios, es decir energía eléctrica, acueducto y alcantarillado, saneamiento básico. La razón que fundamenta dicha limitación, puede explicarse bajo el amparo de varios argumentos como: i) Estos servicios públicos ocupan un lugar fundamental en la provisión de bienes y servicios en las sociedades modernas, por lo tanto son las provisiones industriales que más economías a escala forman, lo que de alguna manera advierte el mayor grado de comprometimiento del interés general y de la necesidad imperante de emprender masivas investigaciones en torno a ellos. Desde el punto de vista económico son servicios que implican un esquema de negocio realmente multimillonario, pues la provisión de servicios públicos domiciliarios en las economías modernas, representa un segmento que es capaz de mover millones de pesos al año.

ii) Estos servicios públicos domiciliarios en un régimen privatizado, liberalizado pero regulado e intervenido por el Estado con gran intensidad, son los que más necesitan incorporar mecanismos efectivos para la eliminación y contención del oportunismo político. La razón de esta garantía administrativa de protección se fundamenta en el hecho determinante que las inversiones acometidas en ellos por lo general cuantiosas deben ser protegidas por medio del empleo de novedosos mecanismos, que como el contrato de concesión de servicio público han demostrado una comprobada efectividad como instrumento jurídico para la solución de este problema económico. iii) Lo mismo ocurre en el campo de la generación de infraestructura, ya que como una de los grandes aplicaciones del régimen concesional, estos contratos en su mayoría muestran una tendencia internacional a ser aplicados a los servicios públicos domiciliarios, la razón es que este tipo de servicios muestran procesos industriales que implican grandes inversiones en infraestructura, mostrando aquí la concesión de servicio público uno de sus mayores atributos, como es su comprobada habilidad para incorporar nuevos recursos financieros y capacidad de gestión ambos provenientes del sector privado.

iv) Hoy por hoy uno de los campos que mayor aplicación concentra la concesión administrativa es el campo de los servicios públicos domiciliarios, pues este poco a poco ha venido consolidando su efectividad al ser empleado directamente a las industrias en red muy propias de los servicios públicos domiciliarios, pues en estos servicios como la red de alcantarillado, la red eléctrica de distribución de energía y la tubería del agua potable presenta el fenómeno de su duplicación antieconómica, por lo cuantioso que resulta acometer inversiones que además implican la existencia de una economía a escala para soportar su funcionamiento financiero, esto ha llevado a la masiva utilización de la concesión de servicio público para

administrar estas difíciles coyunturas de los servicios públicos domiciliarios, garantizando por esta vía a los prestadores de actividades liberalizadas conexas al servicio, condiciones de acceso e igualdad de trato, que lo han ratificado como un instrumento valioso para el ejercicio de este tipo de actividades.

Estas son las razones que enmarcan desde un comienzo, que el tema de investigación se halla limitado convenientemente al tema de los servicios públicos domiciliarios, que ostentan una especial reglamentación en Colombia, donde la concesión de servicio público tiene un inmenso potencial de uso que supera ampliamente a la muy tradicional concesión de servicios públicos administrativos.

CAPITULO I. 1. CONSTRUCCIÓN TEÓRICA QUE PERMITE EXPLICAR EL CAMBIO INSTITUCIONAL DE UN RÉGIMEN DE MONOPOLIO ESTATAL A UN RÉGIMEN LIBERALIZADO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

1.1 COMPRENSIÓN DE LA CONDUCTA HUMANA A LA LUZ DE LA TEORÍA ECONÓMICA. LA MAXIMIZACIÓN DE LA UTILIDAD EN LAS DECISIONES POLÍTICAS.

Uno de los puntos más álgidos del análisis económico se encuentra precisamente en definir la conducta humana o la conducta de los individuos en precisos y definidos campos, uno de estos campos importantes es el de las elecciones y las decisiones a las cuales se ven sometidas las personas a ejercer de manera habitual. De esta forma podemos distinguir dos grandes escenarios de decisión o de despliegue de la conducta; el primero de ellos un escenario de las decisiones individuales, donde cada individuo actuara racionalmente y el campo político de la decisión colectiva donde se espera de igual forma una actuación racional. De hecho estas perspectivas son ratificadas consistentemente por la doctrina que al respecto expone lo siguiente: “La hipótesis más razonable sobre el comportamiento humano que este sencillo modelo sugiere es que los mismos valores básicos motivan a los individuos en los dos casos, aunque los valores hedonísticos estrechamente concebidos parecen claramente pesar con más fuerza en la actividad económica que en la política. Inicialmente, sin embargo, podríamos suponer que el individuo medio o representativo actúa sobre la misma escala de valores tanto cuando participa en una actividad de mercado como en la actividad política.”⁷

Prosigamos diciendo entonces que el campo de las decisiones individuales ha sido ya profundamente estudiado por los economistas, quienes desde hace un buen tiempo vienen considerando que el comportamiento humano está caracterizado por la racionalidad, que se externaliza en la conducta individual por un comportamiento que intenta maximizar las utilidades y los propios beneficios económicos, es lo que insistentemente se ha definido como la intención maximizadora en la actividad económica; en consecuencia, la racionalidad humana en el campo económico individual puede definirse por una conducta que se despliega generalmente con el objetivo de maximizar las utilidades, los beneficios o las ventajas. Sin duda la ciencia económica ha podido claramente definir que la conducta individual de los seres humanos está enmarcada y definida

⁷ BUCHANAN James. TULLOCK Gordon. *“El cálculo del consentimiento, fundamentos lógicos de la democracia constitucional.”* Editorial Planeta Agostini. Barcelona 1.993. Pág 45.

por sentimientos como el egoísmo y el hedonismo y esto conlleva permanentemente a inducir una clara comprensión de la dinámica económica. Esencialmente resulta verdaderamente importante para este estudio sintetizar con ayuda de la doctrina, cómo la economía ha afirmado esta importante conclusión que nos servirá para fijar una posición de base en cuanto al modo de definir la conducta humana en aspectos de orden individual, así las cosas “El economista moderno supone como hipótesis de trabajo que el individuo medio es capaz de clasificar u ordenar todas las combinaciones alternativas de bienes y servicios a su alcance y que este ordenamiento es transitivo. Se dice que el comportamiento del individuo es racional cuando el individuo elige más en vez de menos y cuando es concurrente en sus elecciones.”⁸

Pero la explicación teórica anterior recae casi que naturalmente sobre la forma en que las personas se desenvuelven en el campo de las decisiones individuales, donde los teóricos de la economía han podido deducir como se expresa externamente la racionalidad del ser humano, hasta admitir que el fundamento que motiva todas las actuaciones humanas individuales es la maximización de los propios beneficios. Pero tal como se expuso las decisiones humanas, también pueden generarse en planos eminentemente colectivos, donde se buscan consensos en asuntos que por principio y dada su naturaleza trascienden la esfera individual y lo gran afectar a todos los miembros de la sociedad. De lo anterior puede establecerse que se está haciendo referencia a la actividad política entendida como el espacio de definición de los ideales colectivos o de la sociedad. Desde luego otras disciplinas como la ciencia política se han dado a la tarea de cualificar o describir la naturaleza de las decisiones políticas y por ello se ha sostenido que el sistema de representación democrática generalmente encabezado por los órganos legislativos de elección popular debe en principio en sus decisiones inspirarse por fines altruistas o de bienestar general, de esta manera ha sido ya una tradición histórica afirmar que estos principios son los encargados de motivar y fundamentar las decisiones de orden colectivo.

No obstante y gracias a una constante observación de los fenómenos políticos modernos y su desenvolvimiento, los teóricos de la economía se han atrevido a reformular estos fundamentos teóricos, afirmando categóricamente que los seres humanos se comportan de la misma manera cuando toman decisiones individuales, como cuando toman decisiones políticas colectivas, es decir con una preeminencia absoluta en ambos campos del aspecto racional que gobierna la actuación de los individuos y que responde en la mayoría de los casos a la

⁸ Ibídem pág. 60

maximización de la propia utilidad y de los propios intereses. En voces de la doctrina dicha postura ha sido explicada en los siguientes términos:

“Nadie parece haber investigado cuidadosamente la hipótesis implícita de que el individuo debe cambiar de cualquier modo sus mecanismos filosóficos y morales cuando se desplaza entre los aspectos privados y sociales de la vida. Nosotros estamos, en consecuencia, situados en una cierta postura peculiar teniendo que defender la hipótesis de que el mismo individuo participa en ambos procesos contra el casi segura ataque de los moralistas.”⁹

A modo de conclusión, esto quiere decir que el legislador que es un elemento central del proceso de decisión política, se ve seriamente influenciado por intereses propios o del grupo específico de la sociedad al cual pertenece y que finalmente resultan ser tan poderosos como para terminar influyendo en su forma de decidir, orientando su elección a la satisfacción de intereses muy particulares. Así estos intereses en algún momento se contrapongan, en esencia: Por ende este planteamiento de los teóricos de la economía en relación a la forma de tomar decisiones de orden colectivo viene revolucionando la forma de analizar la decisiones de orden político, reconociendo sus nuevas tendencias e inclinaciones y demostrando claramente que los individuos actúan racionalmente bien sea en el campo de las decisiones individuales como en el campo de las decisiones políticas.

Esencialmente la doctrina económica ha podido condensar estas nuevas posturas doctrinales en los siguientes términos: “La hipótesis más razonable sobre el comportamiento humano que este sencillo modelo sugiere es que los mismos valores básicos motivan a los individuos en los dos casos, aunque los valores hedonísticos estrechamente concebidos parecen pesar con más fuerza en la actividad económica que en la política. Inicialmente, sin embargo, podríamos suponer que el individuo medio o representativo actúa sobre la base de la misma escala de valores tanto cuando participa en una actividad de mercado como en la actividad política.”¹⁰ Una vez se hace manifiesto el interés de la teoría económica por contener el egoísmo en las decisiones políticas, más adelante se explicaran

⁹ BUCHANAN James. TULLOCK Gordon. *“El cálculo del consentimiento, fundamentos lógicos de democracia constitucional.”* Editorial Planeta Agostini. Barcelona 1.993. Pág 45-46. El individuo está motivado por su posición o status social en el proceso de producción. La clase social en la que se encuentra el individuo es prioritaria, y determina el interés del individuo en la actividad política. En este sentido, el segundo enfoque es el opuesto al primero, puesto que se requiere que, en muchas ocasiones, el individuo debe obrar en contra de sus propios intereses para perseguir el interés de la clase social o grupo al que pertenece.

¹⁰ *Ibíd*em pág. 45.

los avances más significativos que sobre el particular se han registrado, estos aportes teóricos sintetizan un verdadero esfuerzo de la teoría económica por incorporar en el régimen jurídico modelos efectivos en el control del oportunismo político, sin duda esta será la ambientación preliminar para entender como el contrato de concesión de servicio público se ha transformado en un instrumento de orden jurídico para contener el oportunismo político. No sin antes reflexionar con algo de profundidad con respecto a los elementos esenciales del razonamiento económico, que se constituye en el elemento estructural del cambio institucional.

1.2 LA INMENSA NECESIDAD QUE LOS PRECIOS DE LOS SERVICIOS SEAN FIJADOS POR LA COMPETENCIA. Incorporación de la más importante regla del mercado al régimen de prestación del servicio público y su valor como factor de cambio institucional

Uno de los aportes más importantes de la teoría económica se encuentra en definir la naturaleza del razonamiento económico, y lo hace en los siguientes términos: “la ciencia de la elección racional en el mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas.”¹¹ Lo esencial en ello radica en que la elección racional estará condicionada, en que cada ser humano no solo por las tendencias naturales, sino más bien por elecciones racionales que maximizaran sus propios fines existenciales, se trata propiamente de una incesante búsqueda de la satisfacción personal y de ajustar la propia conducta a la búsqueda de estos fines, razón que explica la enorme incidencia que posee el comportamiento humano para afectar las decisiones y procesos económicos, esto ha permitido estructurar la existencia de algunas reglas económicas que sintetizan la relación maximización económica-comportamiento humano.

La primera de ellas es la ley de la demanda, también concebida como una relación entre el precio cobrado y la cantidad demandada. Esto puede explicarse mejor si se enfoca el problema en un aumento de precio de determinado bien, este aumento de precio trae consigo que una elección racional se enfoque en que ese bien en cuestión costara mucho más, y si el dinero es un recurso escaso obligara a los compradores a buscar bienes sustitutos que pueden suplir con sus atributos las bondades del bien relativamente caro. Esta elevación en el precio automáticamente hace descender la demanda del bien y por ende su misma producción. La demanda se enfocara a los bienes sustitutos, por ende el concepto

¹¹ A. POSNER Richard. “Análisis económico del derecho.” Fondo de cultura económica de México. México DF.1.992.pág 259.

de precio adquiere una gran vitalidad en el entendimiento de la ley de la demanda que en un estricto sentido económico puede denominarse también como el costo. Esto incluso con fines prácticos, puede definirse como la cantidad de dinero que hay que pagar para negar a alguien el uso del recurso¹². En consecuencia esta restricción en el uso puede aproximarnos a una definición del concepto de costo, que asume unas características bien especiales y es que es el mínima cantidad a pagar por un bien, teniendo en cuenta los costos de producción y la utilidad del productor.

Sin embargo, el planteamiento de esta definición de costos no debe apartarse de los fundamentos teóricos más autorizados y por lo tanto debe armonizarse con estudios previos ya elaborados que logran enriquecer sustancialmente esta definición, en este caso debe hacerse referencia obligatoria a los trabajos desarrollados por el profesor Lionel Robbins, quien ha elaborado una importante construcción teórica sobre el tema, en un primer orden uno de los principales elementos de su teoría es enfocar el concepto de costo como un elemento medular del proceso productivo, en este particular contexto el costo de un producto se obtendrá estableciendo el costo de los productos que lo componen, esto implica que el costo de un producto estará dado por el costo de todos sus componentes o en otras palabras por la cantidad de componentes que se necesitan y que hay que desplazar para obtener el bien terminado. En consecuencia esta teoría del costo implica el movimiento propio del proceso productivo, donde se desplazan bienes con un costo específico para ser transformados en otros más complejos. Ya en palabras del autor en cita y describiendo estos pormenores de la teoría se ha dicho que: “La concepción de los costos de la teoría económica moderna es una concepción de alternativas desplazadas: el costo de la obtención de cualquier cosa es la que debe ser restituida para conseguirlo. El proceso de evaluación es esencialmente un proceso de elección, y los costos son el aspecto negativo de ese proceso.”¹³

En consecuencia esta rápida incorporación de la teoría del desplazamiento del costo, hace más fácil afirmar que las leyes de la oferta y la demanda y el aumento del precio tendrá una gran repercusión cuando los productos que componen un

¹² A. POSNER Richard. “*Análisis económico del derecho.*” Fondo de cultura económica de México. México DF.1.992.pág 14 Lo mismo ocurre con un bien que solo tenga un uso. ¿Puede entender por qué? Para el economista, el costo es costo de oportunidad: el beneficio sacrificado al emplear un recurso de tal modo que impida su uso para alguien más.

¹³ ROBBINS Lionel. “*Remarks Upon certain aspects of the theory of cost*” A lectured delivered the national lókonómischen gesells chaft, Viena, 7 de Abril 1933.. Edited by: Buchanan James M and George F Thirby. First published in the in the Economic journal. March 1.934.

determinado bien en el mercado son afectados aumentando o disminuyendo sus costos y en consecuencia el costo final del producto en el mercado.

Estas definiciones nos permitirán ambientar la tercera gran regla económica y es que los recursos tienden a dirigirse hacia sus usos más valiosos. Ello autoriza afirmar que como en el caso de las materias primas, estas cobran más valor para determinadas industrias que para otras, en ese entendido la doctrina especializada ha llegado a afirmar que “cuando los recursos son empleados donde su valor es el más alto, podemos decir que se están empleando eficientemente.”¹⁴ En síntesis bien se puede afirmar que los monopolios en materia de servicios públicos domiciliarios imposibilitan que se presente la competencia que es el más eficiente regulador del precio, en efecto en un sistema de prestación de servicio estatal con tendencia a la creación de monopolios artificiales se privara de conocer de manera permanente el valor real de los bienes y servicios o por lo menos su estimación más conveniente en el mercado cuando la competencia actúa en ese sentido, es decir dando un valor real a los bienes y servicio cuando estos son aportados al mercado, desde y luego y en un enfoque enteramente económico la falta de un régimen de competencia en materia de servicios públicos domiciliarios, privó durante mucho tiempo a la misma actividad competitiva de establecer efectivamente los precios con que estos servicios salieron al mercado, dando lugar a que los usuarios se vieran obligados a pagar precios elevados que aumentaban su costo real.

En consecuencia y siendo claros con esta percepción los costos elevados producto de los monopolios artificiales, se convierten en una primera causa que obliga a la teoría económica a revelar un profundo problema de estructura económica y es la imposibilidad de fijar el costo real de los servicios, por lo tanto, los cambios de régimen de prestación de servicio público domiciliario deben por recomendación económica dirigirse a la implementación de la competencia como mecanismo eficaz de fijación de los costos reales del servicio. Nos referimos al análisis del precio y su incidencia en la producción, aunque parezca obvio la formación de los precios generalmente está dada por una intención maximizadora de la utilidad por parte del productor y esto conlleva a dirigir el análisis al proceso de producción mismo, porque solo podrá darse la existencia de una utilidad, cuando el productor sabe a ciencia cierta estimar la diferencia que se presenta entre los ingresos totales y los costos totales. Este sería siempre un ejercicio muy simple si esta diferencia no estuviera directamente afectada por el mercado, o más

¹⁴ A. POSNER Richard. “*Análisis económico del derecho.*” Fondo de cultura económica de México. México DF.1.992.pág 18.

precisamente por la demanda que del producto existe y por los costos de producción.

De ello entonces puede colegirse que la formación del precio de un servicio, si bien muchas veces es determinada por una influencia directa de la ley de la oferta y la demanda también debe admitirse a ciencia cierta que los precios en sí mismos contienen una información precisa que suministra datos de los fenómenos económicos que afectan el proceso productivo, o datos de las condiciones económicas en las que se encuentran los insumos utilizados en la producción de determinado bien o servicio, de esta manera la carencia o sobreabundancia de una materia prima o el grado de tecnología empleada, pueden incidir consistentemente y aportar información del precio final con el que determinado producto se encuentra en el mercado y arrojar así datos de los detalles del proceso productivo o como bien se señaló por la doctrina: “Tenemos que mirar el sistema de precios como un mecanismo para comunicar la información.”¹⁵

En este sentido la relación esgrimida (demanda-costo de producción) es estudiada en el plano económico por el concepto de ingreso marginal, este criterio permite establecer a los economistas si cada unidad producida tiene la capacidad de reportar un beneficio o una utilidad al empresario. Estas mediciones resultan apropiadas de esta forma ya que la productividad no puede esperar a medirse después de consolidar todo el volumen de ventas. En este caso el análisis económico es más cuidadoso y la utilidad como regla debe ser medida en cada producto vendido. Esto desencadenara un afán incontrolable para obtener el ingreso marginal y que este siempre este arrojando beneficio. Para ejemplificar mejor el funcionamiento de esta importante regla la doctrina especializada ha comentado lo siguiente: “para relacionar el precio con el ingreso y por ende con el beneficio necesitamos el concepto de ingreso marginal: la contribución al ingreso total de la venta de una unidad adicional. Mientras que el ingreso marginal sea positivo, el ingreso total estará creciendo. Cuando el ingreso marginal baja a cero (o menos), ello significa que una venta adicional no aumentará (o disminuirá) el ingreso total.”¹⁶

Pero tal y como se anunció en líneas anteriores o para ser más precisos los índices favorables en los ingresos marginales se ven seriamente afectados por el mercado, pero especialmente por la demanda que existe del producto, a su vez la

¹⁵ F.A VON Hayek. “*the use of knowledge in society.*” The American Economic Review” vol XXXV, Number four. Usa. September 1945. Pág 526.

¹⁶ A. POSNER Richard. “*Análisis económico del derecho.*” Fondo de cultura económica de México. México DF.1.992.pág 259.

demanda de un producto se regirá por los costos de producción lo cual ayudara a posicionar el costo de un producto en el mercado. Esta relación se precisa mejor comprendiendo que son los costos de producción un factor decisivo al determinar el precio de un producto, pues en verdad la disminución del precio, dependerá primero que todo, por la capacidad que tenga el empresario de disminuir estos costos y de esta manera poder incidir en que el mercado reaccione favorablemente a esta estrategia aumentando la demanda a su favor.

En consecuencia y a la hora de determinar el comportamiento de un producto en el mercado la ciencia económica ha sido clara en descubrir la siguiente regla: Entre más bajo el precio más será su demanda y si este producto tiene un ingreso marginal favorable los beneficios estarán garantizados para el empresario. Este es el panorama inicial que siempre enmarca la colocación de un producto en el mercado, Un esfuerzo denodado para que el empresario este siempre inmerso en la regla económica fundamental, menor precio-más demanda-más utilidad, asegurando la maximización económica o el reporte de la utilidad.

No obstante la cuestión se vuelve compleja cuando no se está en un ambiente de monopolio sino competitivo, pues en este evento la competencia entre productores reducirá sistemáticamente los precios hasta donde esto sea posible o en términos económicos hasta donde se mantenga un ingreso marginal aceptable, donde todos los competidores lucharán por auto garantizar la prevalencia de este ingreso marginal. Lo realmente vistoso en ello se encuentra en que todos jugarán con el precio para captar más mercado, aplicando nuevamente la regla hasta aumentar la producción, esto finalmente arrojará un continuo ajuste en el precio hasta donde más soporte mantener el ingreso marginal de todos los competidores.

Si trasladamos el desenvolvimiento de estas reglas a los servicios públicos domiciliarios se obtendrá, que en un ambiente de mercado altamente competitivo en un servicio público cuya prestación admita la concurrencia de múltiples operadores, se presentara por efecto de esta situación competitiva una reducción del precio hasta donde los ingresos marginales de cada una de ellas lo permitan. Esto sin duda se constituye en una reducción de tarifas cuando estas no están reguladas. Lo realmente complejo para los usuarios se presenta cuando no existen mecanismos económicos como la competencia que presionen la reducción de los costos marginales hasta niveles aceptables, haciendo que los costos de prestación del servicio sean realmente elevados, lo cual se reflejara en las tarifas. Pese a ello la respuesta de la ciencia económica ante estos fenómenos del monopolio natural, incluso aplicado a la industria de los servicios públicos domiciliarios estará dada por la implementación del concepto de elasticidad de la demanda, donde una reducción en el precio aumentara la demanda y por ende la

productividad. O Como se ha dicho: “El efecto del precio sobre la cantidad y por ende sobre el ingreso (precio por cantidad) se resume en el concepto extremadamente útil de elasticidad: el cambio proporcional de una variable causado por un cambio proporcional en otra. Aquí nos interesa la elasticidad de la demanda respecto al precio, es decir, el efecto proporcional de un cambio proporcional (muy pequeño) en el precio sobre la cantidad demandada.”¹⁷ En consecuencia el fenómeno de la elasticidad de la demanda puede incluso presentarse en ambientes ajenos a los estímulos competitivos, ya que si de manera simulada y provocada un productor monopólico disminuye el precio del producto de manera invariable obtendrá un aumento de la demanda o lo que es lo mismo genera un estímulo en el mercado que aumenta la necesidad del consumo del producto con nuevo costo.

Para ser más precisos el concepto de elasticidad de la demanda también con plena cabida en monopolios naturales incitara a una autorregulación del prestado, ya que los incentivos lo inducen a disminuir las tarifas con una invariabilidad en el resultado que se hace visible de dos maneras: 1) Las tarifas del servicio se hacen más asequibles para los usuarios más pobres; 2) Al disminuir las tarifas o sea los precios, se estimula el aumento del consumo del servicio. Desde luego algo ciertamente favorable en servicios que éticamente toleren mayor consumo; 3) Aumento de las utilidades para el prestador. En esencia una reducción de los precios aquí en el monopolio natural también aumentara la demanda, estas leyes económicas por lo pronto manifiestan una estrecha relación con una política de subsidios, pero sobre todo advierten la existencia de simples principios relacionados con los precios, que pueden ser tenidos en cuenta antes de implementar cualquier política regulatoria.

De manera concluyente puede ya indicarse que el establecimiento mismo de los monopolios estatales artificiales para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, solo justificables en virtud de la teoría del servicio público y en donde se hace efectiva la supresión de la competencia del mercado, genero también la supresión de las leyes fundamentales del mercado que regulan el precio. Por ende la fijación del precio en el monopolio estatal era asignada generalmente por factores ajenos a la dinámica competitiva, fundamentalmente a las condiciones industriales del funcionamiento del servicio, condiciones que por la ausencia de competidores se tornara ineficiente. De ello se desprende que bajo el análisis de una estricta técnica económica se pueda obtener el mal funcionamiento del mercado así concebido.

¹⁷ Ibídem pág. 259.

Una vez comprendido el funcionamiento de estos aspectos económicos y su influencia en los mercados imperfectos de servicio público estatal, nos resta ahora proseguir analizando como el quebrantamiento de estas importantes leyes económicas analizadas genero el colapso del mercado imperfecto del servicio público domiciliario, de este especial modo el mal funcionamiento del mercado de servicio público paulatinamente va ocasionando los cambios y ajustes institucionales necesarios para acondicionar a la industria del servicio público a la imperatividad de las invariables reglas económicas.

Pero las relaciones de la teoría económica con la prestación de los servicios públicos no se detiene aquí, su campo de influencia es excesivamente sorprendente, como demostración a ello basta solamente con detenerse en las causas económicas que explican los cambios institucionales. Una de ellas muy significativa, es la aplicación práctica del concepto de ingreso marginal, ya que este permite entender que cuando se adopta un sistema de prestación de servicio estatal, no existen mecanismos económicos como la competencia para hacer reducir los precios hasta donde el ingreso marginal lo permita, con el reporte de beneficios considerables en la reducción de la tarifa, al mismo tiempo la reducción en los precios no es un incentivo eficaz para que el prestador estatal maximice la utilidad, pues este nunca será un objetivo que caracterice este sistema de prestación. A todas luces puede deducirse que la ausencia de lucro presente en la prestación estatal como beneficio para los usuarios, jamás podrá equipararse a la continua y persuasiva acción que la competencia suele ejercer sobre los precios en el mercado, más si a esto se le aumenta la también continua incorporación de incentivos tecnológicos para disminuir los precios. Esta ausencia de estímulos en el modelo económico de prestación estatal de los servicios públicos, trae repercusiones negativas para lograr la eficiencia económica.

En esta dirección argumentativa es notorio que la propiedad privada genera una política clara de incentivos, es decir inversiones concentradas y dirigidas a disminuir los costos y a aumentar la calidad y la productividad. Desde luego este espíritu motivador solo se presenta en un régimen de producción privado debido a que son los dueños quienes perciben las recompensas después de haber efectuado las inversiones que incentivan el mejoramiento de la producción, no ocurre lo mismo con el productor público estatal, el carece de la necesidad de disminuir los costos y aumentar la calidad, ya que muchas veces opera en un entorno enteramente monopólico o se encuentra propenso a afectar la estructura industrial de prestación con los defectos y vicios de la actividad política. Ya en cuanto a una más sensible comparación entre los sistemas de producción públicos y privados, la doctrina especializada ha señalado que: "Para centrarse en la eficiencia de costos y calidad, Hart, shleifer y Vishny (1.997) han considerado la

existencia de dos tipos de incentivos a la inversión: la de reducir costos y las que mejoran la calidad de la innovación. Cuando los activos son de propiedad pública, el administrador público tiene relativamente pocos incentivos para hacer cualquiera de estas inversiones, ya que este director no es dueño y por lo tanto no percibirá el lucro de estas estrategias empresariales. Por el contrario los productores privados tienen incentivos muy fuertes porque, como propietarios, obtienen más de la rentabilidad de la inversión.”¹⁸

En consecuencia y al estar ausente en este modelo de prestación el ideal de la maximización económica y sin incentivos para el desarrollo económico, estaban dadas las condiciones para que se diera inicio al cambio institucional implementando un modelo de prestación que si de lugar a la aplicación de conceptos económicos como el ingreso marginal. Ya con pluralidad de prestadores y un régimen de derecho privado se hace viable la disminución de los precios para aumentar la productividad y los beneficios. Pero estas puntuales influencias que se ejercen sobre el precio monopólico, como se denominó, son consecuencia de un fenómeno de elasticidad de la demanda causada fundamentalmente por la disminución de los costos y por una disminución del precio como ya se vio, la consecuencia de este juego en el cambio del precio puede sintetizarse de la siguiente forma: “Si los costos bajan (a menos que se trate de costos fijos), el precio óptimo del monopolio bajará y la producción aumentará.”¹⁹

Pero al igual el precio del servicio solo estará condicionado a las influencias anteriormente descritas ya que y pese a que se contraiga la demanda del producto o servicio, el razonamiento económico fundado en ecuaciones matemáticas ha demostrado que si los costos de producción y por lo tanto una disminución en la cantidad de productos vendidos generalmente no tiene la capacidad de disminuir el precio. Esto da lugar a establecer que el precio de un producto o servicio estará determinado por la capacidad de disminución que el empresario pueda efectuar de los costos de producción, que es algo que establece la continua actividad competitiva. Por lo tanto: “Si los costos bajan (a menos que se trate de los costos fijos, el precio óptimo del monopolio bajará y la producción aumentará.”²⁰ Lo anterior puede explicarse por qué si un productor ha llegado al nivel mínimo en que puede sostener su ingreso marginal o hablando en términos más sencillos el mínimo aceptable de utilidades y en ese caso baja la demanda, esta situación no

¹⁸ SHLEIFER Andrei. “*State versus private ownership.*” Journal of Economic perspectives. Vol 12, number 4. Fall 1.998. pág 137.

¹⁹ A. POSNER Richard. “*Análisis económico del derecho.*” Fondo de cultura económica de México. México DF.1.992.pág 263.

²⁰ *Ibídem* pág. 263.

podrá disminuir más el precio, pues conduciría inequívocamente a la supresión de utilidades.

Si trasladamos estos criterios a los precios que se fijan en los servicios públicos monopólicos y que se traducen en las tarifas pagadas por los usuarios, el único camino existente para disminuir el precio del servicio sin acudir a mecanismos alternos como la regulación económica, estaría dado por una estrategia dirigida a la disminución de los costos de producción del servicio, más no en efectos que sean consecuencia de una disminución de la demanda. A modo de ejemplo puede proponerse que la inversión directa en tecnología es un incentivo económico viable e idóneo para disminuir los costos de producción, ello facultara al empresario para efectuar una disminución de precios y generar un aumento en la demanda.

Sin embargo y muy a pesar que algunas reglas económicas favorecen la disminución de precios incluso en el monopolio natural, los efectos de los monopolios en cuanto al posicionamiento del precio en relación a los usuarios del servicio, advierten grandes inconvenientes para la eficiencia económica. “Esto es así porque el precio del monopolio hace que algunos consumidores cambien a otros productos, que se vuelven más atractivos por el aumento del precio monopolístico. Esto puede verse más fácilmente si suponemos que para cada uso del producto monopolizado hay un producto sustituto idéntico de precio menor.”²¹ Las repercusiones que dicha anomalía suscita pueden verse reflejadas en una ineficiencia del mercado, los usuarios verán afectadas sus expectativas de abastecerse o de suplir una necesidad, pero este no sería el caso de los servicios públicos, pues ellos no admiten la sustitución por opciones de productos alternativos y es por esta razón que los usuarios deben asumir los precios costosos sin tener la opción de resguardarse en productos sustitutos que genere el mercado. Por ende la ineficiencia aquí no se mide por acudir a la compra de otros productos para satisfacer las predilecciones de los usuarios, sino en incurrir en el pago de precios altos que realmente son injustificados y que se dan solo por la ausencia de la competencia.

Estaríamos entonces en presencia de un precio adicional que es concebido como un desperdicio para la sociedad. Esto en la literatura económica ha sido ampliamente criticado y se ha calificado como un costo social neto, pues se presenta un desequilibrio al redistribuir injustamente la riqueza que pasa de los consumidores a los productores. “La transferencia de riqueza de los consumidores a los productores, generada por el precio monopolístico, es una conversión del

²¹ *Ibidem* pág. 264.

excedente del consumidor al excedente del productor.”²² Se ocasiona una transferencia de bienestar del usuario al productor auspiciado por el monopolio natural, toda vez que los usuarios pagan más por lo que realmente y en sentido económico vale menos. Si se valorara esta ecuación en un estricto sentido de justicia redistributiva, las transacciones económicas que aparejan una relación de cambio entre productor y consumidores debe medirse en el equilibrio de los beneficios aportados, esto es que por cada suma pagada al productor el consumidor debe recibir una suma de beneficio o una cantidad proporcional. De esta forma puede advertirse la existencia de una ineficiencia notoria en los precios monopólicos. Ante ello la doctrina económica ha prescrito que: “Es posible que los costos superen a los beneficios del consumidor, generando una pérdida social neta.”²³

Prosiguiendo con esta argumentación que describe las ineficiencias del monopolio artificial en servicios públicos domiciliarios, también puede señalarse que a esta anomalía del mercado se le conoce como la causante de desestimular y desincentivar la innovación, no hay nada que a un productor monopolista logre estimularlo desde el punto de vista económico, “las empresas difieren por lo que toca a su capacidad de innovación. Por tanto, si hay más de una empresa en el mercado, es más probable que el mercado contenga por lo menos un innovador por encima del promedio, quien aumentará la tasa de la innovación.”²⁴ Este productor monopolista, quien gracias a los elevados precios disfruta de los beneficios que le otorga el enriquecerse injustamente con los precios pagados por los usuarios compradores. Es decir sus utilidades están más que garantizadas, ya que carece de la presión de tener en su mercado a varios competidores. Por fortuna y ante un meticuloso estudio del comportamiento de los monopolios y su reacción frente a la innovación, puede manifestarse que si bien no existe el estímulo de la competencia como incentivo para innovar, el empresario o monopolista generalmente debería sentirse atraído a la inversión porque es el, quien en particular puede capitalizar más sus beneficios, esto tiene un sustento en el hecho de admitir que en un ambiente competitivo las innovaciones de un productor, serán rápidamente copiadas por sus competidores perdiendo fácil y rápidamente las ventajas que ellas le otorgaron, situación que no ocurriría nunca en un monopolio y por lo tanto el productor puede asimilar en un mayor tiempo estos beneficios.

²² *Ibidem* pág. 264.

²³ *Ibidem* pág. 266.

²⁴ *Ibidem* pág. 268.

Así las cosas es bueno aclarar que el monopolio es siempre conocido como un mal económico al cual hay que hacerle frente para evitar su misma conformación o si se trata de un monopolio natural, que es algo imposible de evitar, en este caso se debe conjurar por medio de la técnica más idónea sus nocivos efectos. Por lo tanto el cómo hacerle frente a estos fenómenos ha sido siempre reconocido como un tema que ha suscitado la generación de numerosos estudios y la elaboración de mucha literatura.

1.3 LA DINÁMICA DE LOS CAMBIOS INSTITUCIONALES Y EL DESEMPEÑO ECONÓMICO

Estudiar la manera en que las instituciones afectan a las sociedades desde el punto de vista económico es el reto que se propone la teoría económica, su continua transformación y evolución y la manera en que la institucionalidad asume una postura afianzadora del desarrollo económico, son puntos vitales que son abarcados con profundidad analítica, para finalmente y desde la perspectiva de estos fundamentos teóricos demostrar la existencia de una dinámica del ajuste y del cambio institucional para la búsqueda de ideales muy definidos y absolutamente concretos. Pues del desempeño que ejercen las instituciones se obtendrá su enorme influencia para aumentar la maximización económica y el incremento y fortalecimiento de la economía cuando las instituciones funcionan adecuadamente. De este modo la doctrina especializada ha señalado lo siguiente: “A mayor especialización y número y variabilidad de los atributos valiosos, mayor será el peso que deberá ponerse en instituciones confiables que permitan a los individuos participar en contrataciones complejas con un mínimo de incertidumbre en cuanto a que los términos del contrato se puedan realizar.”²⁵

Uno de los primeros aspectos a tener en cuenta está en definir que es una institución. Lo primero que se debe decir al respecto es que ellas están íntimamente relacionadas con el comportamiento humano, ya que una institución ante todo lo que hace es condicionar la conducta, estableciendo una serie de reglas que estandarizan la forma en que los seres humanos nos comportamos y actuamos. “en todas las sociedades, desde la más primitiva hasta la más avanzada, la gente se impone limitaciones para dar una estructura a sus relaciones con los demás. En condiciones de información y de habilidad computacional limitadas, los frenos reducen los costos de la interacción humana

²⁵ DOUGLASS C. North. “*Instituciones cambio institucional y desempeño económico.*” Fondo de cultura económica de México. México D.F. 1.993. pág.52.

en comparación con un mundo donde no haya instituciones.”²⁶ De ahí que se haya afirmado que una institución lo que genera en una sociedad es la certidumbre suficiente y además necesaria. Si trasladamos este concepto al plano económico, una institución regulara la conducta humana con el único fin de generar certidumbre obligando, y este es su carácter imperativo, a que los seres humanos adopten un comportamiento predecible, ordenado y respetuoso enfocado a que los negocios, contratos y transacciones se cumplan. Por esta razón todas las partes que concurran a un negocio tendrán la certeza que el esquema institucional está diseñado ante todo para evitar el incumplimiento, la anarquía o el aprovechamiento desmedido. Esto tiene una consecuencia lógica y es generar un clima propicio para la inversión y para que las transacciones económicas puedan desarrollarse con la mayor seguridad posible. De manera más precisa “Las instituciones incluyen todo tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción humana.”²⁷

Esta visión ordenadora atribuida por la teoría institucional expone con total rigor una necesidad prioritaria y es la supresión de la anarquía, considerada en este discurso como algo indeseable en el logro de los propósitos fijados por la comunidad. Por lo cual resulta comprensible que: “El caso es que ni la auto obligatoriedad de las partes ni la confianza pueden ser totalmente exitosas. No se trata de restar importancia a la ideología o a las normas. Sí importan y por ello se dedican recursos inmensos a promulgar códigos de conducta. Igualmente, el provecho del oportunismo, el engaño y la evasión aumentan en las sociedades complejas. Resulta esencial una tercera parte coercitiva.”²⁸

Desde luego que una vez tenidos en cuenta estos postulados, las instituciones logran la ordenación de la conducta humana gracias a la implementación de normas prohibitivas. En este sentido la forma en que las instituciones se manifiestan en la sociedad y en la misma economía, es a través de la formulación de reglas que fijan una restricción de ejecutar aquellas conductas que se encuentran prohibidas o vedadas y que la mayoría de las veces representan situaciones que son lesivas y dañinas para los intereses de las partes en los contratos como por ejemplo el incumplimiento, desde luego las reglas institucionales tienen diversas manifestaciones y no solo son restrictivas, como las que prohíben determinada conducta, por ello la manera como se efectúa la

²⁶ *Ibidem* pág. 54.

²⁷ DOUGLASS C. North. “*Instituciones cambio institucional y desempeño económico.*” Fondo de cultura económica de México. México D.F. 1.993. pág. 14.

²⁸ *Ibidem* pág 53.

formulación de las reglas en ocasiones puede variar y ampliar su contenido y estilo de regulación, guiando a las partes para desarrollar una actividad lícita.

Así lo ha expresado Douglass C. North, quien al explicar el desenvolvimiento de las reglas como expresión institucional ha sostenido: “Las limitaciones institucionales incluyen aquello que se prohíbe hacer a los individuos y, a veces, las condiciones en que algunos individuos se les permite hacerse cargo de ciertas actividades. Tal y como lo definimos a aquí constituyen, por consiguiente, el marco en cuyo interior ocurre la interacción humana.”²⁹ Ya que las instituciones llegan a considerar que prohibiendo u orientando de manera enfática determinado comportamiento, se lograra el cumplimiento de los ideales institucionales, Ahora bien, cuando se plantea el problema de la definición de los ideales institucionales, es necesario sintetizar formulaciones conceptuales que no parecen estar implícitos en la obra de Douglass North, pero que de algún modo nos llevan a concluir un aspecto que es recurrente en su obra. Se trata ni más ni menos que la tendencia a dirigir la investigación a establecer él cómo el diseño y desempeño institucionales afectan de manera ostensible el desarrollo económico. De ahí que con insistencia se expongan las causas que explican las convergencias y divergencias económicas presentes en diferentes sociedades en relación a diferentes incentivos institucionales.

Ahora las anteriores consideraciones si bien nos aproximan a la comprensión del funcionamiento de la teoría institucional, hasta el momento no logran explicar la dinámica de los cambios institucionales, pero nos permite entender que los cambios y las transformaciones estarán anteceditos por dos situaciones consolidadas, o bien por qué las instituciones logren sus propósitos maximizadores de la economía, lo que incentiva a que se desarrollen nuevos cambios institucionales para mantener el mismo objetivo maximizador, Y de generación de certidumbre, entendiendo esto como una verdadera evolución o a contrario sensu bien podría ocurrir que el diseño institucional fracase irremediabilmente en el logro del propósito de maximización de la rentabilidad económica y de la generación de incertidumbre, desatando de manera automática la desaparición de estas instituciones y la consecuente formulación de unas nuevas que logren este objetivo, lo cual explica de manera nítida la dinámica de los cambios.

²⁹ DOUGLASS C. North. “*Instituciones cambio institucional y desempeño económico.*” Fondo de cultura económica de México.” México D.F. 1.993. pág. 14.

La relación es simple a mayor eficiencia institucional menos costos de transacción, mayor certidumbre, mas incentivos y mayor posibilidad que los empresarios aumenten el volumen de sus negocios y su productividad. En este sentido ha expresado North que: “Así, pues, las limitaciones institucionales formales e informales dan como resultado organismos particulares de cambio que han nacido debido a los incentivos contenidos en el marco y que, por consiguiente, dependen de él en cuanto a la redituabilidad de las actividades que emprenden.”³⁰ Como es bien sabido el poder económico ha establecido mayor poder de influencia en los centros de decisión política, cuestión que es explicada por la permeabilidad existente de los sistemas de financiación de campañas electorales con recursos provenientes de los sectores más pujantes de la economía, y esto en cuestión ha facilitado abiertamente a que muchos empresarios con el ánimo de hacer más efectivas las instituciones a favor de sus propios intereses, como es el aumento de sus propias utilidades, influyan en los centros de decisión política que se encuentra a su servicio para modificar o cambiar las instituciones con el fin de que más se acomoden al logro de sus objetivos.

1.3.1 La relación existente entre instituciones y costos de transacción. Por ende la fuerza de las instituciones se medirá en su capacidad de monitorear y castigar a los individuos que persisten en sacar provecho injustamente en los negocios o en incumplir las prestaciones que se han pactado. De esta manera lo ha sugerido el autor cuando sostiene: “La función principal de las instituciones en la sociedad es reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable (pero no necesariamente eficiente) de la interacción humana. Pero la estabilidad de las instituciones de ningún modo contradice el hecho de que estén en cambio permanente.”³¹

La primera manifestación de la teoría institucional, se encuentra precisamente en reconocer que las instituciones establecen las reglas de juego sobre las cuales las sociedades fijan las pautas para alcanzar los objetivos, esto se convierte en una definición que genera certidumbre, pues de manera previa se establecen por todos los actores económicos las condiciones sobre las cuales pueden desplegar su conducta y restringir sus opciones, en este sentido: “las instituciones reducen la incertidumbre por el hecho de que proporcionan una estructura a la vida diaria. Constituyen una guía para la interacción humana, de modo que cuando deseamos saludar a los amigos, manejar un automóvil, comprar naranjas, pedir dinero

³⁰ Ibídem pág. 19.

³¹ Ibídem pág. 16.

prestado, establecer un negocio, enterrar a nuestros muertos o cualquier otra cosa sabemos o podemos averiguar con facilidad cómo realizar estas actividades.”³²

Esta situación se aclara más cuando a modo de explicación planteamos la relación existente entre instituciones y costos de transacción, afirmando que entre más eficiente sea una institución, es decir que entre más capacidad tenga para reducir la incertidumbre y controlar la conducta de los individuos a favor de la generación de una confianza en las transacciones económicas evitando que el comportamiento tramposo y oportunista se despliegue en las relaciones entre las partes, como consecuencia los costos de transacción disminuirán dando lugar a la maximización económica en dos sentidos; disminuyendo notablemente los costos en que las partes incurren en la negociaciones aumentando y generando un beneficio general que se traduce en la generación de un ambiente propicio que atrae la inversión y la multiplicación de transacciones económicas, lo que sin duda aumentara y fortalecerá la economía de cualquier sociedad.

Desde luego allí se configurara el ideal institucional que en últimas puede traducirse en la consecución del desarrollo económico. De manera implícita North ha comentado: “¿que explica que haya sociedades que experimentan un estancamiento a largo plazo o bien una declinación absoluta en el bienestar económico?, La hipótesis evolucionaria ofrecida por Alchian en 1.950 sugirió que la competencia ubicua descartaría a instituciones inferiores y premiaría por sobrevivencia a aquellas que resolvieron mejor sus problemas humanos.”³³

Esto convierte el problema de los ideales institucionales en un problema de resultados, las instituciones serán siempre supervisadas por las sociedades, quienes en definitiva percibirán más que nadie, incluso más que los cuerpos políticos la sensación de bienestar general, de desarrollo económico y de progreso. Por ende esta será la esencia del cambio institucional, provocado por la búsqueda incesante de instituciones efectivas lo cual describe una constante evolución, adoptando los modelos imperantes a la búsqueda de los mismos fines, de este modo “Aun cuando los actores puedan tener inicialmente modelos diversos y erróneos, el proceso de retroalimentación de información y de arbitraje de los actores corregirá modelos inicialmente incorrectos, castigará la conducta desviada y dirigirá los jugadores sobrevivientes hacia los modelos correctos.”³⁴

³² Ibídem pág. 14

³³ Ibídem pág. 18.

³⁴ Ibídem pág. 29

1.3.2 Los cambios institucionales son generados por quienes ostentan el poder económico. Debemos a ello agregar que una afirmación consolidada que de entrada admite que el bienestar y el desarrollo económico producto de instituciones fuertes y eficaces es percibido siempre por todos los miembros de la sociedad, sin embargo dentro de la misma sociedad habrán miembros, especialmente aquellos que son actores económicos que detectaran con mucho más rapidez si las instituciones son efectivas. En este sentido y poniéndolo en términos estrictamente económicos los dueños de los medios de producción, quienes además ostentan un gran poder de influencia en las altas esferas políticas serán quienes con mayor sensibilidad percibirán si las instituciones funcionan correctamente, por lo tanto las instituciones están al servicio de quienes mayoritariamente tienen un mayor interés en que se genere certidumbre, proscribir del mundo de las transacciones y de los negocios el oportunismo y las situaciones que permitan injustamente sacar ventaja de unos sobre otros.

Pese a esta visión de las razones que sustentan el perfeccionamiento de los modelos institucionales por quienes tienen el poder de cambio, hay autores que han sostenido que el fortalecimiento de las instituciones, no solo va dirigido a la eliminación del oportunismo como conducta humana, y han defendido vehementemente tesis distintas como las que exhortan a la formulación de instituciones políticas más inclusivas. Para estos autores, las reformas políticas que otorgan derechos al interior de la sociedad, como expresión de las grandes conquistas sociales, son las responsables de difundir el progreso y desarrollo y son una forma de generar prosperidad. Estudiosos han descrito minuciosamente estos procesos económicos en la historia, han podido aportar hallazgos importantes en la comprensión del fenómeno institucional y han podido llegar a concluir que la expansión de incentivos económicos al interior de la sociedad, como el acceso a la educación, a la propiedad y al capital han representado un verdadero estímulo económico, que ha favorecido con mayor grado de significación a aquellas clases sociales superprivilegiadas que en los países ostentan el poder de cambio institucional . Como resultado de estos hallazgos autores como Daron Acemoglu y James Robinson han expresado que: “Las instituciones inclusivas establecidas en Estados Unidos y Australia significaron que la revolución industrial se extendiera rápidamente a aquellas tierras y empezaron hacerse ricos. El camino que tomaron aquellos países fue seguido por colonias como Canadá y Nueva Zelanda.”³⁵ Por lo tanto la extensión de los beneficios del modelo económico y de la prosperidad, trae de suyo el

³⁵ ACEMOGLU Daron. ROBINSON James A. *“Por qué fracasan los países.”* Editorial Deusto. Barcelona. 2012. Pág 332.

sostenimiento del mismo modelo, sobre todo a quienes primero descubrieron la forma de enriquecerse.

Pese entonces a esta nueva visión, creemos que la teoría del cambio institucional promovida por North mantiene su vigencia y no es excluyente de otras posiciones que explican los cambios sociales. Por lo tanto los que se mueven en este mundo efectuando el mayor número de transacciones comerciales, serán los que a todas luces se sirven del modelo institucional que evoluciona y se transforma a su antojo, dependiendo esto de una sola variable: la búsqueda de la efectividad institucional. En consecuencia en el mundo económico donde todos los actores productivos se encuentran relacionados. Los beneficios y la maximización económica obtenida deben traducirse en mejores condiciones para todos los actores del mercado. En conclusión: “Las instituciones no son creadas por fuerza ni tampoco para ser eficientes socialmente; más bien estas instituciones, o cuando menos las reglas formales, son hechas para servir a los intereses de quienes tienen el poder de negociación para idear nuevas normas.”³⁶ Por lo tanto las instituciones no siempre son efectivas para todos y los que poseen el control sobre las reglas pueden aprovecharse de ese control para imponer reglas que solo reportan un beneficio para ellos mismos.

Se ha admitido entonces que uno de los fines concretos de las instituciones es la rentabilidad, de cualquier transacción con ánimo de lucro desarrollada por cualquier miembro de la sociedad, pero como ya se vio y en un estricto sentido de quienes detentan el poder económico en la sociedad, si esto es así quienes jugaran un papel de gran influencia e importancia en la teoría económica, son los actores económicos, pero específicamente aquellos que se benefician activamente del desempeño institucional incrementando sus utilidades y sus beneficios. Ellos tratarán siempre que las instituciones estén permanentemente interpretando el entorno económico, influyendo para generar el mejor ambiente de cooperación en la obtención de información y en el cumplimiento de los acuerdos, velarán ante todo porque exista la certidumbre que se necesita para lograr el aumento de las utilidades, pero sobre todo velarán por el equilibrio y la estabilidad que sus instituciones les aportan para el desarrollo de las transacciones económicas. Cuando esto se logre, ellos con base a las motivaciones conductuales harán evolucionar las instituciones, perfeccionando todos los procesos de funcionamiento de la dinámica institucional, para obtener la maximización económica. O en el otro extremo de la balanza, estos actores económicos al descubrir que sus objetivos cifrados en una constante necesidad de lucro se hacen inalcanzables, darán lugar a los ajustes y cambios institucionales que sean

³⁶ *Ibidem* pág. 29.

necesarios con tal de lograr su fin esencial que es la percepción de utilidades, que bien parece ser una tendencia natural existente en la psicología de todos los individuos.

Lo anterior en cuanto a las instituciones que ejercen un papel decisivo para el mejoramiento del desempeño económico de la actividad privada y que como se vio se desarrolla ejerciendo un rol de intervención entre las partes, aumentando la rapidez y el cumplimiento en el ejercicio de las transacciones y en la solución de los conflictos de carácter privado. No obstante si bien el desempeño institucional aquí parece restringirse a influir en un campo enteramente privado, también es muy importante ahora proseguir desarrollando otro campo fundamental en cuanto a la injerencia institucional, se trata precisamente de las instituciones que tienen como función controlar los abusos políticos que se presentan en el ejercicio del poder, por medio de cambios en la legislación aplicable y que pueden llegar a afectar sustancialmente el desempeño económico de la actividad privada. Esta es una función de prevención y de corrección de los cambios abruptos e irresponsables que el régimen político ordinario puede provocar en el ejercicio de una actividad económica, poniendo en peligro las inversiones privadas que legítimamente se han desarrollado en consonancia con un régimen jurídico preestablecido.

Como colorario de lo anterior es menester mencionar que una de las partes importantes de esta investigación se ha desarrollado en torno a explicar cómo la concesión de servicio público, se ha posicionado como un mecanismo jurídico y en una institución capaz de prevenir eficazmente estos peligros del oportunismo político, cuestión que será desarrollado a continuación.

1.4 ESFUERZOS PROPUESTOS POR LA TEORÍA ECONÓMICA COMO MEDIOS DE CONTENCIÓN DE LA ACTIVIDAD POLÍTICA EGOÍSTA. Algunos antecedentes que explican el funcionamiento de postulados económicos en los procesos de decisión.

Una vez que sea analizado el reencauzamiento en cuanto a la apreciación de la teoría política, por lo menos en lo concerniente a la toma de decisiones colectivas, y apreciado el efecto maximizador en estas decisiones, resulta importante analizar cómo las formulaciones económicas se encargan en todo momento de presentar como un ideal el hecho que valores como el bienestar general y el altruismo sigan gobernando las decisiones políticas más sensibles para la sociedad, y esto nos lleva a plantear que ahora es la economía la que intenta buscar alternativas

viables que eviten que la racionalidad de los individuos encargados de tomar esas decisiones se termine imponiendo, dando como resultado el favorecimiento de los propios intereses individuales o de grupos específicos de la sociedad que logran influir electoralmente en la elección de estos políticos.

Pero la postulación de estos sistemas de control propuesta por los teóricos económicos, no se queda simplemente en un discurso o en una formulación retórica de los valores que deben informar las decisiones de orden colectivo, sino que además avanza sistemáticamente en la estructuración de propuestas que tengan la virtud de controlar y encauzar las decisiones, que son el resultado final del proceso político, para que estas en todo momento se hallen desprovistas de los indeseables intereses particulares o de clase, organizando de manera sistemática la forma y el modo que los órganos legislativos toman decisiones y buscan la conformación de consensos a través de la deliberación y a través de reglas y mecanismos de votación que persisten en la imposición de la voluntad de las mayorías absolutas, de lo cual se espera traiga como resultado una depuración de las formas de votación que garanticen que los grandes intereses de la sociedad, terminen viéndose finalmente favorecidos y sean la consecuencia de la adopción de decisiones políticas satisfactorias para el interés general.³⁷ Una ratificación de lo expuesto en esta teoría de la construcción de reglas para la búsqueda de consensos puede examinarse en la doctrina económica, que sobre el particular ha manifestado lo siguiente: Desde luego estos postulados que afianzan una teoría que corrige las imperfecciones de los sistemas de toma de decisiones, ha sido registrada por la doctrina que sobre el particular ha manifestado: “Se reconoce que el egoísmo, ampliamente concebido, es una gran fuerza motivadora en toda actividad humana; se supone que la acción humana, sino está limitada por restricciones éticas o morales, está dirigida más naturalmente hacia la consecución del interés individual o privado. Esta visión de la naturaleza humana es, desde luego, esencialmente la adoptada por los filósofos utilitaristas. De esto se deduce directamente que el ser humano individual debe sufrir algún esfuerzo para restringir sus pasiones y que debe actuar de acuerdo con principios éticos o morales siempre que las instituciones sociales y las costumbres disten alguna desviación a la búsqueda de los intereses privados.”³⁸

³⁷ DOUGLASS C. North. *“Instituciones cambio institucional y desempeño económico.”* Fondo de cultura económica de México. México D.F. 1.993. pág. 19. El enfoque económico, que presupone que el hombre es un maximizador de la utilidad tanto en su actividad de mercado como en su actividad política, no requiere que un individuo incremente su propia utilidad a expensas de otros individuos. Este enfoque incorpora la actividad política como una forma particular de intercambio; y, como en la relación de mercado, idealmente se espera que se obtengan beneficios recíprocos para todas las partes de la relación colectiva.

³⁸ *Ibíd*em pág. 53.

Una vez se ha aceptado el anterior planteamiento como una necesidad imperante dentro de la sociedad políticamente organizada, la segunda parte de la teoría se enfoca en seleccionar los medios adecuados para incorporar estos principios en las decisiones políticas, para ello no hay que hacer muchos esfuerzos retóricos en concluir al unísono que la mejor forma para encauzar la imposición de valores éticos dentro de la actividad política, es por medio de la constitución, un cuerpo normativo con valor y fuerza superiores capaz de incluir e imponer las nuevas reglas a los gobernantes. Por ende la constitucionalización de las nuevas reglas traerá ojala inevitablemente un encausamiento de los procesos de decisión política, orientándolos siempre a la búsqueda del interés general, en este sentido y reforzando lo aquí propuesto, la doctrina ha contextualizado esta posición señalando que: “Dentro de lo posible, se deberían desarrollar instituciones y limitaciones legales que ordenaran la búsqueda del beneficio individual de tal modo que lo hagan consistente con, en vez de contrario a, la obtención de objetivos de grupo como un todo. Sobre estos fundamentos psicológicos y éticos se basa la teoría de mercados o la organización competitiva de la actividad económica. Por la misma razón, si es posible desarrollar una teoría del orden político (una teoría de las constituciones), la cual apuntará hacia una minimización de los escasos medios implicados en la moderación del interés privado.”³⁹

Ya al adentrarnos al complejo mundo constitucional, puede observarse una nueva y profunda interrelación de la teoría política y las ciencias económicas, pues la teoría que es objeto de estudio para lograr fines concretos influye a la constitución en dos sentidos, ambos de gran importancia para entender las nuevas tendencias del constitucionalismo moderno, en ese orden de ideas estas dos influencias pueden básicamente enunciarse de la siguiente forma: i) la agrupación de una serie de reglas constitucionales que afectan y regulan directamente a los mecanismos establecidos para la toma de decisiones políticas, en procura de la búsqueda de consensos y de la unanimidad, depurando a las elecciones efectuadas de intereses individuales o de clase muy concretos, y ii) La constitucionalización de temas o aspectos sociales altamente sensibles que al ser regulados por la constitución, evitan la perturbación o falta de fluidez de las relaciones económicas. Esto es conocido en el lenguaje económico como la regulación constitucional de los costos de interdependencia, a continuación brevemente explicaremos estos dos aspectos, con el fin de construir teóricamente su campo directo de injerencia en el derecho constitucional Colombiano, y en específico en su relación con el tema de la prestación de los servicios públicos. En ese orden de exposición el primer componente, es decir las reglas que informan los procesos de decisión política buscaran la satisfacción del interés

³⁹ Ibídem pág. 54.

general, por ello los mecanismos que influyen satisfactoriamente en la consolidación de estos ideales, podrían darse en la conformación de una pluralidad de miembros de la sociedad que están dispuestos a iniciar una discusión de los temas que serán incluidos en la constitución, para el caso colombiano de una conformación pluralista de miembros de la asamblea nacional constituyente, esta pluralidad garantizara que en ultimas todos los sectores sociales tengan una estrecha representación en la elaboración de la nueva constitución, facilitando la formación de coaliciones políticas que diseñarán modelos de decisión constitucional enfocadas al proceso político, capaces de consultar los intereses generales al interior de la sociedad.

En conclusión se cree que entre más amplio sea el proceso de participación de los sectores sociales dentro de la constitución, se podrán obtener coaliciones que eliminen considerablemente el poder de los grupos más poderosos dentro de la sociedad, lo cual permite que esto influya en la elaboración de las normas de toma de decisiones políticas, hasta lograr una depuración total del sistema de toma de decisiones, que solo puede concebirse si bien no solo para satisfacer los intereses de las mayorías, si el interés general imperante en la sociedad o como se ha sugerido: “sobre la base de la motivación puramente económica, los miembros de un grupo dominante o superior (que se consideran a sí mismos como tales y que están en la posesión del poder) jamás elegirían adoptar racionalmente reglas que den menos a individuos afortunadamente situados en una posición de igual participación en los procesos estatales. Sobre campos no económicos, las clases poderosas elegirán hacer esto, pero, como la experiencia ha demostrado a menudo en años recientes, las clases menos afortunadas situadas interpretarían tal acción como que está dirigida a su favor.”⁴⁰

Desde luego una vez garantizada una prevalencia de la sociedad sobre los grupos o clases de poder incluso políticos, este mismo panorama como resultado, debe reflejarse en las reglas constitucionales que se imponen en los procesos de decisiones colectivas, una vez se ha efectuado este perfeccionamiento del sistema de toma de decisiones y que proviene directamente de la misma conformación de las asambleas constituyentes, se genera otra nueva regla imputable a la toma de decisiones políticas, se trata precisamente de la unanimidad. En esencia se consolida por esta vía, un sistema constitucional para la toma de decisiones políticas, donde prevalecen las decisiones que tienden a garantizar el interés general o en su defecto a la misma eliminación de la búsqueda de intereses particulares o concretos.

⁴⁰ Ibídem pág. 108.

Prosiguiendo entonces, con la otra técnica es decir con la regulación constitucional de los costos de interdependencia, debe explicarse que estos costos generalmente se dan en la sociedad y específicamente en el aspecto económico, en los costos que surgen de la organización de una actividad enteramente privada y en la toma de decisiones que de ella se derivan, en este aspecto la constitucionalización entendida como el surgimiento de una serie de reglas enfocadas al mejor desenvolvimiento de la actividad económica, hace posible que estos costos de organizar una actividad privada se traduzcan en una considerable disminución de estos. Desde luego la influencia constitucional en estos aspectos, se ve claramente representada en una disminución o desaparición de las trabas u obstáculos que se puedan aparecer en la organización privada de las actividades económicas, lo cual aporta mayor fluidez y facilidad para ejercer dichas actividades, lo que de manera concluyente puede concretarse con la disminución de estos costos.

Otro aspecto que igualmente enmarca la aparición de estos costos se ve reflejado, cuando cada individuo en el desarrollo de actividades enteramente privadas, percibe o soporta la influencia o injerencia negativa de otros individuos que trastornan o entorpecen la intención de establecer un proceso económico productivo o el mismo proceso productivo.⁴¹ En consecuencia aquí se producirá la constitucionalización de derechos o libertades, que como la iniciativa privada o el concepto de orden público, servirán desde la constitución para eliminar todos los costos que impidan a los individuos desempeñarse con fluidez en el mundo de las transacciones económicas. Para fortalecer ideológicamente esta posición resulta conveniente acoger satisfactoriamente lo expuesto sobre el tema por la doctrina especializada, Que sobre el particular ha dispuesto lo siguiente: “No obstante, la minimización de estos costes relevantes- costes externos, costes de la toma de decisiones- es un objetivo adecuado para la organización social o política. Proponemos denominar a esta suma de los costes externos y los costes de la toma de decisiones, costes de interdependencia social, o, en un término más conciso costes de interdependencia, teniendo in mente que esta magnitud se considera sólo en términos del individuo- el individuo racional tratara de reducir estos costes de interdependencia a la cifra más baja posible cuando considere el problema de hacer intercambio institucional y constitucional.”⁴²

⁴¹ Ibídem pàg 70 “el individuo encontrara provechoso examinar la posibilidad de organizar una actividad colectivamente cuando espere que puede incrementar la utilidad individual a través de la acción colectiva de dos formas distintas. En primer lugar, la acción colectiva puede eliminar alguno de los costos externos que las acciones privadas de otros individuos imponen sobre el individuo en cuestión.”

⁴² Ibídem pág. 72.

Una vez explicado en qué consiste la técnica constitucionalizadora, ahora procederemos a analizar cómo y tal vez de manera intuitiva y empírica, esta se ha desarrollado en Colombia en relación al tema de los servicios públicos domiciliarios, dando paso a serios cambios institucionales propuestos como una reacción a una actividad política egoísta que había capturado la prestación de servicios públicos con el único fin de aumentar sus propios beneficios. En primer lugar el proceso constituyente colombiano apelando a las más modernas técnicas constitucionales, estuvo impregnado permanentemente de la conformación de coaliciones sociales que ayudaron de manera importante a eliminar la prevalencia de las decisiones de grupos sociales o de clase con poderes económicos o políticos muy acentuados dentro de la sociedad, esta conquista constitucional desde luego que se consolidó en una victoria categórica del interés general en el proceso constituyente.

Lo anterior tuvo enormes repercusiones, pues luego que la sociedad Colombiana experimentara por décadas la influencia perversa que la clase política había ejercido en el antiguo modelo estatal de prestación de servicios públicos, con claros manejos burocráticos y de corrupción que terminaron haciéndolo ineficiente, En tal sentido la H. Asamblea nacional constituyente, con ponencia del Doctor Gustavo Zafra Roldan expuso lo siguiente: “En ese aspecto Eduardo Verano ha tocado una cosa muy de fondo también, que es la eficacia, la característica del servicio público cuando existe es su ineficacia, es costoso, el ministro Holmes reconoció en la comisión quinta ante la acometida brillante del constituyente Carlos Lemos, del alza incesante de las tarifas, porque hay un problema de costos, que en la tarifa es una resultante de los costos y que el elevado costo es casi siempre una resultante del mal manejo de lo que yo llamé los Bunquer democráticos; es decir, hay un espacio de autonomía mal entendida, las corporaciones burocráticas se refugian entonces en una ineficacia, de una explosión burocrática, de un reparto del producto que ellos mismos elaboran gratuitamente a la inmensa mayoría, dos, tres, cuatro mil empleados disfrutaban de los servicios respectivos gratuitamente. Señalemos solamente el caso de los teléfonos: eso si en un costo terrible que va a gravitar sobre el resto de los usuarios que no son empleados públicos, y entonces ahí viene la desbandada que ya entra en el terreno delictuoso, del guavio, de los contratos mal hechos, mal manejo ya de los funcionarios de turno; y entonces se le echa la culpa a la deuda externa, ese es el gran mecanismo de salvación, es la máquina que viene a legalizar toda suerte de inflaciones y explosiones burocráticas y de costos. Por eso el desbordamiento de las tarifas, por eso en la comisión quinta se llegó a la conclusión provisional, que ojala respaldemos nosotros, de que la junta de tarifas

debería tener autonomía también para poder examinar los costos inflacionarios, clientelistas, burocratizados, que produce esa alza incesante de la tarifa.”⁴³

En consecuencia una asamblea constituyente depurada en cuanto a la conformación de auténticos consensos sociales y en la búsqueda de la unanimidad, pudo mirar con ojos críticos estas problemáticas, y atreverse a plantear desde la misma constitución un modelo de prestación de servicios públicos que se apartara completamente de la influencia nociva, que muchos políticos ejercieron sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, especialmente en el ámbito regional, lo cual pudo romper el viejo y desueto esquema de prestación. Dando origen a un nuevo esquema que pondera la libre entrada de prestadores y que le apunta al afianzamiento de la competencia como medio de alcanzar la eficiencia y definitivamente la nociva injerencia política, todo bajo el control del Estado regulador.

Desde luego la entrada al esquema competitivo, pero especialmente a la preeminencia de la eficiencia económica, también en un contexto constitucional eliminaría muchos costos de interdependencia presentes en las actividades económicas ejercidas por los ciudadanos, esto en buena medida porque el aumento del campo de acción de los operadores privados que lograron entrar a escenarios económicos antes reservados al Estado, eliminaron ostensiblemente los costos de organización de la actividad privada y contribuyeron a la misma eliminación de trabas y obstáculos para el ejercicio de actividades económicas. Sin duda este fue un gran aporte económico para fortalecer las relaciones económicas de intercambio que en un ámbito competitivo y regulado se vuelven cada vez más fluidas.

Visto esto desde la óptica del mismo discurso económico, la eliminación de obstáculos y barreras en una economía moderna es algo vital para el desarrollo, ya que las barreras de entrada impuestas por el estado para el ejercicio de actividades económicas se constituye quizás en el obstáculo más incómodo para el fortalecimiento económico del sector privado, lo cual termino demostrando que la técnica constitucionalizadora actuó eficientemente en dos sentidos: 1) Estableciendo reglas constitucionales depuradas para la toma de decisiones colectivas, en el mismo proceso constituyente que se hacen exitosas cuando se constitucionaliza la libre entrada a los servicios públicos y 2) La constitucionalización de la libre entrada como técnica, contribuyo ostensiblemente

⁴³ ZAFRA ROLDAN Gustavo. “Artículo 370 de la Constitución.” Consejería para el desarrollo de la constitución. Asamblea Nacional constituyente. Presidencia de la república. Sesión de la comisión segunda. Abril 16 de 1.991. pág 18.

en la eliminación de los altos costos de interdependencia presentes en el anterior modelo estatal de prestación de los servicios públicos.

1.5 EL PAPEL DE LAS REGLAS Y EL PODER COERCITIVO DE LAS INSTITUCIONES QUE VELAN POR SU CUMPLIMIENTO.

Una vez se ha entendido los esfuerzos desarrollados en pro de contener la actividad política egoísta, se hace muy apropiado en este preciso momento hablar sobre la forma en que las instituciones intervienen en la sociedad para producir los efectos económicos deseados, de esta forma el control del oportunismo político es una tarea compleja que puede dar lugar al cambio institucional, pues las instituciones pueden cambiar y adaptarse para lograr evitar la intromisión política en los procesos económicos, pero solo por medio de la introducción de reglas claras y definidas acompañadas del ejercicio de poderes coercitivos que eviten el despliegue de cualquier tipo de oportunismo.

Desde luego en toda esta descripción se empieza a demostrar el funcionamiento institucional, que en buena medida estará circunscrito a la verificación del cumplimiento por parte de la sociedad de las restricciones y limitaciones expuestas. Como es natural y siendo esta una inveterada técnica jurídica, el cumplimiento se verifica generalmente gracias a la imposición de penas y castigos, Prima facie y desde una visión eminentemente dada hacia el campo restrictivo de la conducta, las instituciones ofrecen una serie de prohibiciones cuya transgresión conlleva, si esta es efectiva la imposición de penas y castigos tal y como se ha comentado. Las instituciones y su eficiencia se medirán por su capacidad de evaluar el desempeño de los actores económicos y su agilidad para corregir por medio de la sanción la conducta que es inaceptable. Sin embargo como se dijo este es un panorama restrictivo, pero la imposición de limitaciones a la conducta humana que se consideran negativas para la formación y el cumplimiento de las transacciones económicas, igualmente dan cabida a un marco de libertad que posiciona a las partes para que libremente diseñen sus propias estrategias y puedan entrar a cualquier proceso de negociación, utilizando sus propios métodos dirigidos a maximizar la utilidad con no mayor limitación que la que impone el equilibrio de las partes en el contrato.

De este modo se ha comentado que: “El objetivo del equipo dentro del conjunto de reglas es ganar el juego a través de una combinación de aptitudes, estrategia y coordinación; mediante intervenciones limpias y a veces sucias. Modelar las estrategias y las aptitudes del equipo conforme se va convirtiendo en un proceso

separado.”⁴⁴ Además ello desde el punto de vista jurídico nos permite introducir en la teoría el concepto de poder coercitivo de las instituciones, como un mecanismo que se emplea para imponer satisfactoriamente la ordenación de la conducta humana. De la eficacia en la imposición de los castigos y de las sanciones devendrá el éxito de la gestión institucional.

Pero en este engranaje y comprensión del funcionamiento de las instituciones se suma un componente indispensable, que surge de la relación institución-poder coercitivo, se trata precisamente del componente orgánico en la teoría institucional. Esta será la ubicación de los órganos, entendidos como verdaderos instrumentos de ejecución, bien parece percibirse que los órganos más que declaraciones ideológicas, como ocurre con las instituciones, son las agremiaciones o agrupaciones encargadas de la ejecución de los fines programáticos establecidos por las instituciones, labor que desempeñan en el mundo real por medio de la coerción. En realidad el rango de acción de los órganos es bastante amplio y puede ejercer sus actividades en muchos campos, que pueden comprender toda la organización política, hasta toda la organización económica.

Estos serán los encargados de ejercer una influencia directa en la conducta de los individuos que componen la sociedad. Lo cierto en este engranaje que interrelaciona instituciones y organizaciones, puede comprenderse con la dinámica de los cambios y las transiciones que suelen ocurrir en el plano económico. Sobre el particular Douglass North, ha sostenido que: “La vía resultante del cambio institucional está conformada por 1) el entrelazamiento que es producto de la relación simbiótica entre las instituciones y las organizaciones que sean creado por evolución como consecuencia de la estructura incentivadora que proporcionan estas instituciones y 2) el proceso de retroalimentación por medio del cual los humanos percibimos y reaccionamos a los cambios que se dan en el conjunto de oportunidades.”⁴⁵

Estos tres componentes, es decir instituciones, órganos y coacción, son los factores que describen todo el funcionamiento institucional y de la misma manera advierten la razón que explica la eficacia de las instituciones, pues la argumentación esgrimida se ha esforzado por demostrar que dependiendo la manera en que los órganos logren alterar la conducta humana y dirigirla a un fin concreto, de esto dependerá que la acción institucional sea exitosa y logre cumplir

⁴⁴ DOUGLASS C. North. “*Instituciones cambio institucional y desempeño económico.*” Fondo de cultura económica de México. México D.F. 1.993. pág. 15.

⁴⁵ *Ibíd*em pág. 19

con las transformaciones sociales. Desde esta percepción los cambios en las instituciones pueden sugerirse no solo como un ajuste dirigido a la eliminación de errores, si no como una verdadera evolución, porque las transformaciones se realizan en relación a una autentica comprobación del cumplimiento de los objetivos institucionales.

En relación con lo anterior, es muy importante precisar que si bien es cierto que el desempeño institucional, se dirige a restringir conductas por medio de la coacción y el castigo, también es cierto que los efectos que se derivan de esto son bastante apreciables, ya que ello define y precisa las reglas de juego que los individuos deben seguir cuando interactúan, forjando un ambiente de cooperación entre ellos. Esta cooperación puede esencialmente describirse como un proceso de intercambio de información entre los individuos, que los posiciona de manera favorable para tomar las mejores decisiones y detectar las mejores elecciones en un entorno altamente competitivo. Esto es sin duda es la introducción a la formación de todo proceso de negociación que busca una maximización de las utilidades.

1.6 LA CERTIDUMBRE RESULTA PLENAMENTE EXPRESADA AL INCORPORAR AL MODELO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO LA LIBRE COMPETENCIA.

En síntesis estos procesos de cooperación persiguen la búsqueda de la información para tomar las mejores decisiones, lo que repercutirá en un aumento de las transacciones económicas y en un aumento considerable de las utilidades, lo cual en un sistema capitalista afianzara el aumento del desarrollo económico, lo que en conjunto puede ser apreciado como la maximización económica. En este sentido resulta forzoso definir que la razón de ser de todas las instituciones económicas es la maximización y la certidumbre y estarán diseñadas para lograr la cooperación entre los individuos, facilitar la búsqueda de la información, que es la base que soporta la toma de las mejores decisiones o sea aquellas que irrevocablemente llevan a la comentada maximización. Sin embargo la comprobación teórica de estas afirmaciones amerita que los conceptos sean explicados con mayor rigor. Como puede verse las instituciones generan un marco adecuado para el logro de estos propósitos y para el incremento de las transacciones económicas y de la negociabilidad, gracias a la formulación continua de reglas claras y definidas que lo único que buscan es lograr la certidumbre para establecer el mejor marco de negociación que haga viable la

obtención de la nombrada maximización económica. Para muchos científicos sociales de la eficacia con que las instituciones como soporte teórico y los órganos como instrumentos de ejecución alcancen estos propósitos, dependerá absolutamente el desarrollo económico de la sociedad, en consonancia con lo anterior “la historia económica del siglo XIX en los Estados Unidos es de crecimiento económico debido a que el marco institucional subyacente reforzó incentivos de manera persistente para que las organizaciones participaran en actividades productivas.”⁴⁶

Si bien se ha planteado que tanto la maximización económica, como la obtención de la rentabilidad son los objetivos y fines institucionales, bien debe aclararse que estas son las consecuencias comprobadas del cumplimiento de sus verdaderos objetivos. Ya que estas instituciones esencialmente y desde la perspectiva conceptual de Douglass North, son diseñadas para generar certidumbre y eliminar el oportunismo del tráfico habitual de las relaciones económicas. Por su parte esta definición de objetivos y finalidades puede comprobarse gracias a la formulación de un ejemplo inverso, es decir aquel que explica cómo una institución poco efectiva que sería su visión antagónica, produce incertidumbre y facilita el oportunismo propiciando el florecimiento de la anarquía que explica como una institución puede contribuir, impedir o retrasar la maximización económica, así se comentó que : “Tanto los costos de transformación política y económica como las percepciones subjetivas de los participantes dieron como resultado elecciones que ciertamente no siempre fueron optimas o unidireccionales hacia una mayor productividad o hacia una mejor situación económica.”⁴⁷

O de manera complementaria a esta definición de la estructura institucional, también suele ocurrir que los procesos de deliberación y transformación política se mantienen al margen de lo que realmente es conveniente, no aceptando la verdaderos métodos y caminos que se deben emplear para el logro de la certidumbre y la proscripción del oportunismo, formulando vías absolutamente improductivas, resultado más de obedecer sus propios intereses que a la creación de verdaderas instituciones efectivas (el caso de la prestación directa de los servicios públicos por parte del Estado). Reforzando esta particular visión Douglass North ha señalado que: “En la actualidad, las oportunidades que tienen ante sí tanto empresarios políticos como económicos siguen siendo una mezcla, aunque abrumadoramente favorecen actividades que promueven la actividad redistributiva no productiva, crean monopolios en vez de condiciones de competencia y restringen oportunidades en lugar de acrecentarlas, pocas veces

⁴⁶ Ibídem pág. 20.

⁴⁷ Ibídem pág. 20

inducen inversiones en educación que aumentan la productividad. Los organismos que se desarrollan en este marco institucional se volverán más eficientes para hacer a la sociedad más improductiva y a la estructura básica institucional mucho menos apropiada para la actividad productiva.”⁴⁸

En ese entendido y si una institución es creada para perseguir estos fines de orden económico, resulta fácil concluir que la definición de las reglas de juego o en otras palabras de la manera en que se desempeñan las instituciones, aportara a los individuos la certidumbre que se necesita para lograr una continua cooperación y por ende una continua maximización económica. De esta manera la certidumbre se convierte en una necesidad para todos los actores del sistema económico, de tal suerte que cuando se desconoce o resulta manifiesta la inexistencia de una institución para regular una determinada situación, se hace necesario crearla o modificarla para ajustarla a las nuevas realidades y generar con el cambio o la génesis institucional la certidumbre que se necesita en pro de la maximización y el desarrollo.

Esto es muy importante porque los servicios públicos prestados como monopolios estatales no persiguen la maximización económica como factor de desarrollo social, sino simplemente la cobertura universal. Como demostración de lo anterior y al analizar esta problemática, se ha comentado por la doctrina que: “en algunos casos los monopolios estatales en los servicios públicos han sido remplazados por monopolios privados, y que las ganancias obtenidas con la mayor eficiencia y el aumento de la cobertura gracias a la economía de escala, han sido absorbidas por el sector privado, sin que se hayan trasladado los beneficios a la sociedad o a la eficiencia del mercado respectivo.”⁴⁹

La maximización aplicada en un entorno democrático permitirá incorporar a la industria del servicio público las reglas del mercado con un aumento de las transacciones económicas, de la eficiencia en la prestación, a la generación de empleo y en síntesis se dirigirá a fortalecer el desempeño económico de las sociedades. Desde este punto de vista la coherencia y orden con que las instituciones funcionen en la sociedad, aportaran la certidumbre necesaria para el

⁴⁸ *Ibidem* pág. 21

⁴⁹ RODRÍGUEZ LIZARAZO Liliana, ANZOLA GIL Marcel. *“La regulación económica: Tendencias y desafíos*. Centro editorial Universidad del Rosario. Facultad de jurisprudencia. Primera edición: Bogotá D.C. 2.004.pág 28. El enfoque económico, que presupone que el hombre es un maximizador de la utilidad tanto en su actividad de mercado como en su actividad política, no requiere que un individuo incremente su propia utilidad a expensas de otros individuos. Este enfoque incorpora la actividad política como una forma particular de intercambio; y, como en la relación de mercado, idealmente se espera que se obtengan beneficios recíprocos para todas las partes de la relación colectiva.

funcionamiento y fortalecimiento del sector privado. En este entendido el desmantelamiento de los monopolios públicos y el establecimiento de un mercado competitivo y regulado son cambios institucionales encaminados a aportar nuevas reglas que dan certidumbre a los actores del mercado para que desarrollen y desplieguen sus actividades económicas en un entorno de competitividad que fomenta la libertad de empresa y la iniciativa privada. Esta puede ser la antesala de la construcción de un modelo de desarrollo que propende fundamentalmente por el mejoramiento del desempeño económico.

1.6.1 Fallas en la intervención estatal. Sin duda uno de los debates económicos más interesantes del siglo XX e incluso de lo que va del presente siglo, se ha desarrolla en torno a las ventajas y desventajas de la propiedad pública y de la conveniencia de un sistema abierto de privatizaciones. Debido a la complejidad y extensión de este tema y de su inmensa pertenencia a las ciencias económicas, es nuestro deber restringirlo a un aspecto que resulta de vital importancia para esta investigación y que podría denominarse como la identificación de las fallas de la intervención estatal y las consecuentes ventajas que ofrece un sistema de propiedad privada a nivel empresarial, en este caso aplicado a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

En este sentido es de absoluto interés reflexionar acerca de los argumentos que permiten en todo el mundo occidental efectuar un desmonte de la propiedad pública y ponderar bajo argumentos económicos la eficiencia de la propiedad privada como medio de provisión de bienes y servicios. De esta manera el enfoque propuesto quedara completo, debido fundamentalmente a que se expondrá con argumentos económicos las causas que dieron origen al cambio institucional de la economía de los servicios públicos domiciliarios y que da lugar a las privatizaciones y a la misma subsistencia de la concesión de servicio público adaptada como vinculo excepcional del régimen privatizado.

En un primer orden, la economía occidental incluso bajo una fuerte influencia del socialismo fue agresiva al establecer fuertes esquemas de propiedad pública que se hacía extensiva a toda clase de bienes y servicios, disminuyendo por esta vía y de forma ostensible la participación del sector privado en la economía, al respecto se comentó: "Hace medio siglo, los economistas se apresuraron a favor de la propiedad estatal de las empresas en cuanto a las inequidades o imperfecciones del mercado tales como el poder del monopolio o externalidades. Por esta

preocupación del monopolio se ha defendido la nacionalización de la tierra, los depósitos minerales, servicios de teléfonos, seguros y la industria automotriz.”⁵⁰ Discurrir acerca de las razones que fundamentaron esta posición de los economistas en la década de 1.930 a 1.940, como se comentó obedeció fundamentalmente a ofrecer una postura económica sólida que permitiera solventar las grandes dudas que el capitalismo como sistema económico generaba al interior de los gobiernos y las sociedades, entre ellos los inconvenientes efectos de los monopolios que se reflejan en el encarecimiento consecuente de los precios generados por su incontrollable poder. En este mismo sentido el avance de la doctrina socialista en aquel entonces en el mundo produjo continuamente atenuaciones del modelo capitalista alineándolo hacia un fortalecimiento de la propiedad pública como consecuencia del aparente éxito del socialismo como doctrina económica, en suma una aproximación de las ideas económicas de aquel entonces parecen sugerir la subsistencia del capitalismo pero con grandes atenuaciones enfocadas al fortalecimiento de la propiedad pública.

En este momento especial de la historia económica, los hechos parecen sugerir un decaimiento del sistema capitalista, que incluso sirvió para que muchos de sus defensores plantearan radicalmente la propiedad pública como un remedio a su visible debilidad patente en aquel entonces, de este modo se señaló que: “El capitalismo se estaba quedando sin vapor. Aspecto destacable de este debate que incluso muchos economistas del *laissez-faire*, centrados mayoritariamente en el objetivo de lograr precios competitivos, aun a costa de aceptar que el gobierno y la propiedad privada no son competitivos industrialmente.”⁵¹

Pero incluso, una vez se produjo el planteamiento de este debate propiedad pública vs propiedad privada, en la década en mención y que muchos miembros de la sociedad salieron siempre en defensa del sistema capitalista y sus bondades, reconociéndolo como el causante del progreso y la prosperidad, la teoría económica da un giro vertiginoso en defensa de la propiedad pública y es de esta manera que: “El estado asumió un enorme camino de producción en todo el mundo, ser dueño de todo, desde la tierras y minas a las fabricas industriales, las comunicaciones y los bancos, Las compañías de seguros, los hospitales y colegios. Incluso en las economías de mercado incluso en algunas de estas economías, como la del Japón, Estados Unidos y Alemania, mientras que en otras como Italia, Francia y Austria, el estado asumió una parte significativa de la

⁵⁰ SHLEIFER Andrei (1998), “*State versus Private Ownership*”, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol.12 no 4. (Autumn). Pág 133.

⁵¹ *Ibidem* pág. 134.

producción, la mayoría de los países en desarrollo optaron por la propiedad estatal del llamado sector estratégico.”⁵²

De todas formas es ampliamente conocido que el modelo de propiedad pública colapso por razones que expondremos detenidamente, pero que para una más clara ambientación histórica puede señalarse que el fenómeno empezó a desarrollarse hace unos treinta años con un claro fortalecimiento de la economía de mercado, y que tuvo como uno de sus aspectos más representativos la privatización de la industria del acero, la energía , las telecomunicaciones y los servicios de financiamiento, seguidos de fuertes programas gubernamentales de privatización masiva, que se han extendido incluso a la privatización de actividades públicas que siempre se llegó a considerar que mantendrían esta naturaleza, como la aportación pública de servicios básicos entre los cuales se encontraba la recolección de basuras y la educación.

Desde luego y gracias a una comparación del funcionamiento y desempeño económico de los modelos de propiedad pública y privada, la doctrina económica ha sido exhaustiva en la determinación de las causas que consolidaron la fallas de la propiedad pública y que al mismo tiempo se convirtieron en las grandes ventajas de la propiedad privada, desde este punto de vista del análisis económico, las ventajas comparativas de la propiedad privada sobre la propiedad pública han reforzado sustancialmente desde el punto de vista científico, argumentos que permiten defender la propiedad privada incluso en el sector de los servicios públicos domiciliarios de una manera responsable.

En consecuencia uno de los argumentos más contundentes para emprender una depreciación de la propiedad pública y correlativamente exaltar a la propiedad privada, se encuentra precisamente en la capacidad de incorporación de incentivos económicos al proceso productivo, que como la innovación pueden desplegar grandes ventajas económicas en la prestación del servicio, en este punto específico se viene comentando lo siguiente: “La propiedad de los bienes da el control al propietario y el poder de negociación en situaciones en la que los contratos no especifican que hacer. Como consecuencia, la propiedad fortalece a los propietarios de los incentivos para realizar inversiones que mejoren las formas de reducir los costos de utilización de los activos, porque el propietario tiene el poder para cosechar más las recompensas sobre estas innovaciones. El propietario de una empresa postal que inventa una mejor manera de entregar el correo puede implementar esta innovación y beneficiarse de ella.”⁵³

⁵² Ibídem pág. 134.

⁵³ Ibídem pág. 136.

Como puede corroborarse en la práctica, la capitalización de esos incentivos fomenta en el empresario de los servicios públicos una necesidad persistente de innovación, que verdaderamente traerá ventajas no solo desde el punto de vista del aumento de las utilidades, sino que aplicadas al ambiente competitivo podrán redundar en una disminución de los costos de producción y suministro del servicio público. Desde luego la propiedad privada contribuye de manera radical a focalizar continuamente los incentivos, que como la innovación tienden a mejorar la calidad del servicio de suministro y su eficiencia, lo que permite finalmente vincular a la propiedad privada como forma de suministro a objetivos de orden social presentes incluso al mismo nivel constitucional.

En consecuencia esta forma de direccionamiento de los incentivos en la propiedad privada, demuestra de manera sustancial las debilidades de la propiedad pública, que se queda corta en la disponibilidad de implementación de mecanismos eficientes de generación de incentivos, así se expresó en su momento por la doctrina especializada que sobre este particular señaló lo siguiente: “Para centrarse en la eficiencia de costos y calidad, Hart, Shleifer and Vishny en 1.997, consideraron dos tipos de incentivos a la inversión: Los destinados a reducir los costos para mejorar la calidad o la inversión. Cuando los activos son de propiedad pública, el administrador público tiene relativamente pocos incentivos para efectuar cualquiera de estas inversiones, ya que este gerente no es dueño y por lo tanto recibe una sola fracción del retorno de la utilidad. Por el contrario los empresarios privados regulados tienen incentivos más fuertes, ya que como propietarios reciben más de la rentabilidad de la inversión, cuya estructura de propiedad privada es más eficiente ya que posee un alto poder de incentivos para invertir e innovar.”⁵⁴

De ello se desprende que la propiedad pública fracasa por ausencia de incentivos, este modelo de propiedad para la prestación de los servicios públicos domiciliarios se mostró siempre renuente a la aplicación de reglas económicas de gran conveniencia, como la disminución de los costos y la innovación entendida en buena forma como la necesaria inversión en tecnología. Todo ello ha confluído benéficamente en favor de la demostración de superioridad de la propiedad privada sobre la propiedad pública, desde luego en este especial sentido la ciencia económica castiga los modelos de producción que sacrifican de manera grave la búsqueda de la eficiencia en la asignación de los recursos al mercado, la propiedad pública siempre ha demostrado esa ineficiencia y ha recomendado por esa sola causa el inicio de procesos estatales de privatización y liberalización de la propiedad pública y en muchos casos por parte de la sociedad la imposición al

⁵⁴ *Ibidem* pág. 137.

gobierno de restringir absolutamente toda intención de perpetuar o mantener un sistema económico que involucre aunque sea una mínima participación estatal en el mercado, por medio de la propiedad pública productiva.

Como si fuera poco el absurdo mantenimiento de este sistema de producción traería consigo negativas repercusiones a futuro, pues el modelo de propiedad pública restringe que en la sociedad los particulares se formen y mantengan un permanente espíritu científico orientado a la innovación de la empresa y de la industria. Con razón se ha dicho que: “Cada nueva extensión de la labor del gobierno en las ramas de la producción que necesitan una creación incesante y la iniciativa ha de ser considerada como Prima-Facie antisocial, ya que retarda el crecimiento de ese conocimiento que son incomparablemente la forma más importante de la riqueza colectiva.”⁵⁵ Como ejemplo de este problema a nivel local, puede citarse el caso del sector eléctrico Colombiano, que se caracterizó por una fuerte presencia estatal en la conformación de las empresas, y que ha presentado a través de los años fuertes procesos de democratización accionaria, sufrió durante mucho tiempo y especialmente cuando existía más presencia estatal de la falta de incentivos que lograran aumentar la infraestructura eléctrica y la calidad del servicio. Esta ausencia de incentivos fue descrita en su momento así: “La reforma del sector de electricidad fue una respuesta a la crisis ocasionada en parte por la falta de separación del Estado en el sector y por la falta de incentivos para la eficiencia implícitos en el modelo estatista. El modelo, basado en monopolios estatales integrados de manera vertical, no pudo obtener los recursos necesarios para la expansión y operación del sistema; ese fracaso, unido al mal desempeño de las empresas del sector, impuso una carga fiscal excesiva e insostenible sobre las finanzas del gobierno.”⁵⁶

No obstante la tendencia privatizadora, no ha sido absoluta y se han encontrado críticas situaciones del mercado donde la propiedad privada no logra la conformación de mercados eficientes por la ausencia de competencia, como es el caso del monopolio natural en materia de servicios públicos, que impide la concurrencia de prestadores en un nivel competitivo en un mercado específico o la existencia de mercados insuficientes en cuanto a la capacidad económica que impide la concurrencia de varios prestadores. En estas específicas coyunturas, como se verá en detalle en el desarrollo de esta investigación se ha mantenido vigente la propiedad pública como una solución a las anomalías del mercado y como una alternativa viable de regulación a estas especiales circunstancias de la economía, claro está siempre avalada como una situación excepcional justificada

⁵⁵ *Ibidem* pág. 138.

⁵⁶ Codensa diez Años. pág 5

siempre en el discurso económico de la siguiente manera: “Los economistas ven tradicionalmente a las empresas públicas como una curación a las fallas del mercado, las empresas públicas que están controladas por los gobiernos maximizan el bienestar social y mejoran las decisiones de las empresas privadas, cuando el poder del monopolio o externalidades introducen divergencias entre los objetivos sociales y privados. Las empresas públicas en estos eventos son productivas y eficientes, y cobran precios que reflejan con mayor precisión los costos sociales marginales.”⁵⁷

Pero las causas de la ineficiencia de las empresas públicas no suelen detenerse en la falta o total ausencia de incentivos, que como la reducción de costos para invertir en innovación o en aumento de la calidad, también existen otros problemas que este tipo de propiedad ha presentado a lo largo del tiempo y que del mismo modo y de manera conjunta terminaron por afianzar las fallas de la intervención económica directa del estado en el mercado de bienes y servicios. Se trata precisamente de la existencia de la excesiva burocracia que acompaña a las empresas públicas, es decir a la conformación de sus plantas de personal que obedece más a intereses políticos que a cuestiones de eficiencia empresarial.

En este sentido y tal y como ocurrió en el mundo y en Colombia, las empresas públicas se han convertido en verdaderos fortines políticos, dominadas en su momento por líderes políticos regionales o nacionales, empresas que se usaban para remunerar favores electorales mediante el otorgamiento de plazas de trabajo, verdaderas recompensas laborales por los esfuerzos emprendidos en las campañas políticas y que contribuyeron a que el político obtuviera un cargo en la organización del estado generalmente de elección popular. Como ratificación de esta postura se ha dicho: “Las empresas públicas son altamente ineficientes y su ineficiencia es el resultado de presiones políticas de los políticos que las controlan. Los ejemplos abundan, la mayoría de empresas públicas son alentadas por políticos en busca de votos para dar empleo a mucha gente.”⁵⁸

Lamentablemente el resultado de esta influencia política sobre las empresas públicas, ha traído consigo que estas empresas pierdan por completo la orientación de eficiencia económica y las ha sometido a la consecución de objetivos políticos totalmente ajenos al buen desempeño económico, es decir los ha distanciado por completo a la rentabilidad, eficiencia y reducción de costos, que a contrario sensu y de manera comparativa pueden apreciarse en funcionamiento

⁵⁷ SHLEIFER Andrei and VISHNY Robert W. (1994), “*Politicians and Firms*”, The Quarterly Journal Economics, Vol. 109, No. 4 (Nov) pág 995.

⁵⁸ *Ibíd*em pág. 995.

en la actividad productiva del sector privado. A modo de ejemplo puede verse que: “El costo de operación de las líneas aéreas de Europa es un 48% más alto que en América, principalmente a causa del exceso de empleo. Algunas plantas construidas por las empresas estatales, como el Italiano de propiedad estatal ELVA, para la producción de acero cerca de Nápoles, nunca produce ningún bien y solo pone a la gente en la nómina. Las agencias gubernamentales que prestan servicios municipales en los Estados Unidos suelen emplear 20% o 30% más empleados que los que emplean contratistas privados para un mismo nivel de producción.”⁵⁹ Como si fuera poco los beneficios laborales de estas empresas estatales suelen ser excesivos y más que estar enfocados a remunerar una actividad laboral eficiente acorde con el rendimiento económico de la empresa, están establecidos para el beneficio económico de los partidos políticos. Desde esta perspectiva las empresas públicas ostentan elevadas cargas laborales y pobres rendimientos económicos.

Un gran ejemplo de esta situación en Colombia es la situación laboral que presenta la empresa de telecomunicaciones de Bogotá, en ella tiene ocurrencia un fenómeno bien interesante a lo largo de los años y es el fortalecimiento del movimiento sindical, que está conformado en las empresas públicas casi siempre por simpatizantes del dirigente o del partido político que ostenta el control de la empresa y quienes no han dudado nunca en permitir su fortalecimiento a través de una benéfica aceptación de los pliegos de peticiones, donde gracias a su negociación se han concedido toda suerte de beneficios pensionales y laborales, que han representado una carga excesiva para las finanzas de estas empresas. Desde luego este es uno de los más claros ejemplos de fallas en la intervención del Estado y que especialmente en el caso de los servicios públicos ha traído de suyo las reformas institucionales tendientes a la privatización del sector.

Como muestra del planteamiento anterior y como resultado de un seguimiento financiero a la ETB, se pudo detectar que: “La mayor parte del endeudamiento de la ETB no se debe a las obligaciones financieras, sino a su gran pasivo pensional, proporcional a la larga vida de la empresa, que antecede las normas pensionales del seguro social y del régimen común, por convenciones colectivas. Este rubro participa con el 47% del total de los pasivos al año 2.003, siendo en el largo plazo el de mayor concentración, con el 41%.”⁶⁰

⁵⁹ *Ibidem* pág. 996.

⁶⁰ JARAMILLO PANESSO Raúl. MONROY MORRIS Gustavo. *“La encrucijada de los servicios públicos.”* Grupo Editorial Norma. Bogotá. Junio de 2.005. pág 5.

Otro ejemplo en el nivel local y en donde confluyen simultáneamente la falta de incentivos y el exceso de empleos y que bien vale la pena ilustrar, es el caso de la empresa municipal de acueducto y alcantarillado de Cartagena –EPD-, que se caracterizó durante muchos años por bajas coberturas, ineficiencia, excesiva interferencia política y un deficiente servicio, hoy gracias a un contrato de gestión y operación suscrito por el distrito de Cartagena y la compañía de aguas de Barcelona se ha emprendido una nueva gestión, que hasta el momento ha mostrado grandes resultados y avances administrativos, como una muestra de ello se tiene por cierto que la nueva gestión de la sociedad llamada Acuacar “Ha permitido aumentar los niveles de ahorro y restablecer la capacidad de endeudamiento de la empresa. Mientras que la antigua entidad pública no realizó inversiones durante los últimos once años, Acuacar ha programado inversiones por Us \$18 millones para 1.997.”⁶¹

Pero la recuperación financiera de la empresa no fue solamente el resultado de la inversión y la gestión privada, para ello la administración local tuvo que hacer grandes esfuerzos y asumir todo el pasivo pensional existente, decisión estratégica que viabilizó el interés del inversionista privado y en consecuencia dio lugar a la posterior inyección de capital que terminó por sanear completamente la empresa.

De todas formas el deseo de obtener beneficios políticos de las empresas públicas no se reducen solamente a los dirigidos a desarrollar excesos de empleo y de salarios, se han podido identificar también otras tendencias enfocadas a obtener un beneficio por parte de los políticos de las empresas públicas. Tal vez aquí debe aclararse que todo depende del ingenio y visión del político para sacar partido de las empresas públicas, pero lo que sí está claro es que este comportamiento oportunista suele estar limitado al aprovechamiento de los beneficios productivos que la empresa estatal pueda aportar a la clase política, en este caso el proceso productivo de la empresa estatal se desplazara erráticamente a la obtención de bienes deseados por el dirigente y no para suplir las verdaderas necesidades del mercado. A modo de ejemplo puede citarse: “Que la decisión de producir el Concord en lugar de un avión de pasajeros con un mercado más amplio fue hecha por los políticos franceses a pesar de la evidencia de que la demanda del Concord sería más baja. Credit Lyonnais, el banco gigante estatal Francés, perdió miles de

⁶¹ RIVERA Daniel y PIRAQUIVE Gabriel. *“Participación privada en Colombia oportunidades y desafíos sector agua potable y saneamiento básico.”* Departamento nacional de planeación. Bogotá 1.997.pág 18

millones de dólares por efectuar préstamos dudosos a los amigos del partido socialista.”⁶²

Como puede evidenciarse, este tipo de influencias es en extremo nefasta para la definición de decisiones empresariales estratégicas de las empresas públicas, que en teoría deberían mantener un buen desempeño económico. En el mismo sentido muchas veces la fundación, creación o simplemente la ubicación de una empresa pública, no se efectúa por razones de conveniencia o de la búsqueda de ventajas geográficas que hagan más fácil el proceso productivo, por el contrario muchas veces la razón para ubicar una empresa pública en determinado lugar obedece simplemente al fortalecimiento de un fortín político, es decir el político o el partido ubicara a la empresa pública en el lugar donde estos tengan mayor poder y representación electoral. Como orientación a esta situación la doctrina ha manifestado lo siguiente: “Las empresas públicas son también frecuentemente encargadas de una producción local políticamente deseable más que de la búsqueda de regiones económicamente atractivas, por lo tanto, a las empresas estatales Italianas se les dijo que construyeran instalaciones de producción en el sur, donde se encuentra la base de apoyo de la democracia cristiana. Renault, Airbus Industries y Aero parts de Paris todos eligieron lugares que agradaban a los políticos en vez de lugares que minimizaran los costos.”⁶³

Un ejemplo que en Colombia puede exponer esta misma situación, en donde se pondera el interés local sobre el interés general nacional, ha tenido ocurrencia en el servicio público de electricidad, en el cual y como resultado de los rasgos de integración del sector eléctrico Colombiano que se estructuro de manera descentralizada, se permitió que las dos grandes empresas municipales del País, como es el caso de la empresa de energía eléctrica de Bogotá (EEB) y las empresas públicas de Medellín se encargarán de generar y distribuir el 40% de la energía, el restante 60% de la energía se suministraba por empresas regionales en donde el gobierno nacional tenía alguna participación. Dentro de estas empresas se encontraba el instituto nacional de energía eléctrica (ICEL), la corporación eléctrica de la Costa Atlántica (corelca), la corporación regional del Valle del Cauca (CVC), empresas municipales como EMCALI y EEP.

Posteriormente y ante la necesidad de implementar una descomposición de las actividades del servicio eléctrico, se hizo imperativo crear una empresa que se encargara de desarrollar la actividad de interconexión, fue por esos motivos que se creó la compañía de interconexión eléctrica S.A (ISA), que nació en principio

⁶² SHLEIFER Andrei and VISHNY Robert W. (1994), “Politicians and Firms”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, No. 4 (Nov) pág 996.

⁶³ Ibidem. Pág. 996.

como una empresa estatal del ámbito nacional, pero que a pesar de ello era propiedad de las empresas eléctricas regionales mencionadas, puede entonces vislumbrarse la gran influencia que las empresas públicas de carácter regional ejercieron en el funcionamiento del sistema eléctrico. A si conformado y ya con una recién formada empresa de interconexión eléctrica Isa, se fijaron por parte del gobierno nacional políticas públicas prioritarias focalizadas a lograr una expansión de la generación eficiente mediante la interconexión de los sistemas, que diera lugar a utilizar economías de escala y desarrollar el potencial eléctrico del país. Fue entonces necesario que los modelos de planificación ideados para el logro de los fines propuestos otorgaran a la empresa de interconexión eléctrica (ISA) un papel medular para la aludida expansión, esto prácticamente se vio facilitado por las actividades ejercidas por la empresa como es la interconexión del sistema eléctrico nacional, lo cual le permitió en todo momento encarnar el interés general Nacional en la fase de la ampliación del sistema eléctrico, efectuando la planificación de obras estratégicas que consultaran y obedecieran mas a una política nacional que local.

Pese a ello “Esta concentración en ISA de la construcción de los grandes proyectos futuros enfrentó la oposición decidida de las empresas municipales, para quienes la construcción de proyectos hidroeléctricos era objeto de gran prestigio para las burocracias locales y de numerosas oportunidades de negocios.”⁶⁴ Esta oposición fundamentalmente fue desarrollada por la EEB y EPM, empresas que emprendieron una exitosa labor para eliminar las competencias que se le habían otorgado a ISA en cuanto al desarrollo de las obras de infraestructura para la ampliación el sistema eléctrico Colombiano. Por esto el interés político regional que gobierna de alguna manera a estas dos empresas y que propende por la consecución de sus propios intereses, pudo eliminar las competencias de ISA que buscaban ante todo el desarrollo del sistema desde una óptica de planificación Nacional en los planes de expansión y generación eléctrica. En conclusión: “La estructura institucional que se deriva de este amalgama de circunstancias, entidades y agentes no puede ser más confusa; instancias nacionales, departamentales y municipales, cada una con intereses diferentes que defender, reunidas para dirigir por consenso un sector estratégico para la nación.”⁶⁵

Otro claro ejemplo de esta situación de búsqueda del beneficio particular del político por medio de la empresa pública, suele darse muy frecuentemente en las empresas de servicios públicos de carácter público, en este caso especial el

⁶⁴ Codensa Diez años. Pág 3.

⁶⁵ Ibídem pág 4.

político que los controla suele muchas veces reducir el costo de las tarifas, cobrando precios verdaderamente bajos, que no alcanzan a recuperar los costos de producción, todo para ganar apoyo político de las masas electorales más populares. “Como la infravaloración de los servicios ferroviarios en muchos países europeos o latinoamericanos.”⁶⁶

En el país este tipo de conductas administrativas también se han presentado en el servicio público de acueducto y alcantarillado, donde por muchos años y bajo la influencia del modelo estatal, se debatió acerca de la necesidad de la conveniencia de imponer un régimen tarifario razonable, es decir aquellas tarifas que permiten una recuperación de los costos y dejan cierto margen para las futuras inversiones, ya en el gobierno de Alberto Lleras Camargo se reconoció que era sumamente perjudicial para la administración del servicio público, cobrar tarifas bajas a modo de subsidio que bien impedían el paso a los futuros progresos, pese entonces a que el país o por lo menos su clase política había sido consciente de esta necesidad, “El deseo de no provocar el descontento de los usuarios y la falta de previsión han mantenido en muchos casos tarifas tan bajas que producen inclusive pérdidas de operación y desde luego no permiten pensar en el financiamiento de los ensanches.”⁶⁷

En Colombia y pese a que como se demostró concurrían todas las fallas en el modelo de intervención estatal, de manera simultánea también concurren en el modelo de prestación estatal graves fenómenos de corrupción administrativa, en este caso materializadas en pérdidas de dineros públicos y pésimas gestiones administrativas. En una visión general de este fenómeno y en pleno auge del modelo de prestación pública la doctrina especializada pudo recoger estas impresiones: “Cuando muchas empresas de servicios se volvieron insostenibles a causa de la ineficiencia, la politiquería, la falta de pulcritud de sus gestores y usuarios o el excesivo endeudamiento, paradójicamente la nación debía ir en su rescate por segunda y tercera vez, exigiendo sacrificios fiscales a los contribuyentes del resto del territorio que ya habían aportado con creces su parte. De esta forma se perpetuo un pernicioso modelo de gestión pública en el que el desgüeño resulta premiado y la eficiencia castigada.”⁶⁸

⁶⁶ SHLEIFER Andrei and VISHNY Robert W. (1994), “Politicians and Firms”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, No. 4 (Nov) pág 997.

⁶⁷ SALAMANCA LEON Jaime. “El Estado del arte de la regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia” Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico (C.R.A).2.001 PÁG 17.

⁶⁸ JARAMILLO PANESSO Raúl. MONROY MORRIS Gustavo. “la encrucijada de los servicios públicos.” Grupo editorial Norma. Bogotá. Junio de 2.005 pág. 4.

En conclusión la suma de intereses políticos dirigidos a la obtención de beneficios particulares ha generado que la propiedad pública sea absolutamente ineficiente desde la perspectiva económica, ocasionando una exaltación correlativa de la propiedad privada por la posibilidad que ofrece de enfocar incentivos económicos en el proceso productivo. “En términos más generales, un importante cuerpo de datos apuntan empíricamente a demostrar la eficiencia superior de las empresas privadas en relación con las empresas públicas y la mejora de la eficiencia tras la privatización.”⁶⁹

1.7 EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO MEDIO DE CONTENCIÓN DEL OPORTUNISMO POLÍTICO EN MATERIA DE TARIFAS.

1.7.1 El oportunismo político en materia de servicios públicos. Si bien anteriormente se ha podido analizar el papel que juegan las instituciones en el plano económico y cómo de su buen desempeño dependerá en buena medida eliminar la incertidumbre que se presenta cuando los individuos tienen un exceso de libertad para actuar, incluso para incumplir los pactos o contratos.

En esencia frente a estos puntos específicos las teorías esgrimidas aportaron elementos suficientemente sólidos, entre ellos y tal vez el que ocupa un lugar desde un enfoque estrictamente económico, es que las instituciones fuertes fomentan y construyen un escenario para los negocios y las transacciones económicas al eliminar el comportamiento oportunista de los agentes económicos, este es considerado hoy como uno de los grandes poderes estatales y ha contribuido eficazmente para lograr economías fuertes, donde los pactos y compromisos privados se hacen cumplir irrevocablemente gracias a la decidida intervención estatal. Ello le ha imprimido una dinámica a las transacciones económicas, encausándolas para que estas se desarrollen con absoluta seriedad y cumplimiento, so pena que el Estado mismo sea quien y de manera coercitiva entre a corregir algún ánimo o intención oportunista de querer sacar ventaja o incumplir injustificadamente los acuerdos comerciales por alguna de las partes involucradas en la transacción.

⁶⁹ *Ibídem. Pág. 997*

De manera concluyente puede afirmarse que el poder del Estado es ejercido en buena medida para evitar la ocurrencia de conductas oportunistas, lo cual se traduce en instituciones fuertes que fomentan de manera permanente el desempeño económico de la actividad privada en todos los renglones de la economía, incluyendo los privatizados servicios públicos.

De esta manera ha podido admitirse el uso considerable del poder del Estado, pues se ha estimado acertadamente que a mayor poder institucional aplicado a los mencionados fines, mayor será el desempeño económico, en consecuencia el poder Estatal en el ámbito económico crece considerablemente y los políticos quienes en últimas se han convertido en operadores de este gran poder, se ven también influenciados por querer imprimir en las decisiones económicas derivadas del uso de estas grandes facultades la satisfacción de sus propios intereses, muchas veces en contravía de los propios intereses de la sociedad, para corroborar dichas afirmaciones basta simplemente recordar que la teoría económica ha enseñado que la conducta maximizadora de la utilidad y de los propios beneficios acompaña a cada ser humano tanto en actividades de orden económico privado, como en la propia actividad política que genera decisiones económicas. La doctrina económica describe esta problemática de la siguiente manera: “Se reconoce que el egoísmo, ampliamente concebido, es una gran fuerza motivadora en toda la actividad humana; se supone que la acción humana, si no está limitada por restricciones éticas o morales, está dirigida más naturalmente hacia la consecución del interés individual o privado.”⁷⁰ De este modo ha podido fundarse la existencia de un oportunismo político o como bien lo ha esgrimido la doctrina: “Un gobierno lo suficientemente fuerte como para proteger los derechos de propiedad y hacer cumplir los contratos también es lo suficientemente fuerte como para confiscar la riqueza de sus ciudadanos. Por lo tanto, un problema importante en la sociedad es la posibilidad de un comportamiento oportunista, no solo por las empresas y agentes económicos, sino por los agentes políticos, y de una manera más general por el gobierno. En este sentido la creencia de Douglas North que para entender el crecimiento del mundo occidental es necesario una profunda comprensión de la evolución de sus instituciones, y la manera cómo al mismo tiempo se ha restringido al gobierno.”⁷¹

En este sentido y especialmente frente al oportunismo ejercido por la clase política a través del gobierno, se ha querido nuevamente revestir a las instituciones del Estado de nuevos y vigorosos poderes, y con su ejercicio entrar en una constante búsqueda de mecanismos o estrategias que persigan por todos los medios contener la intromisión de los intereses políticos en el desenvolvimiento normal de las instituciones económicas. En esencia puede con absoluta claridad señalarse que uno de los grandes retos de las instituciones modernas está dirigido a eliminar

⁷⁰ BUCHANAN James. TULLOCK Gordon. *“El cálculo del consentimiento, fundamentos lógicos de la democracia constitucional.”* Editorial Planeta Agostini. Barcelona 1.993. Pág. 53

⁷¹ T. SPILLER Pablo. *“Institutions and commitment.”* (Haas school of business, University of California, Berkeley. CA 94720, Usa) pág. 422.

del plano económico el oportunismo político, creando ambientes de inversión estables que garanticen al sector privado el poder desarrollar inversiones a largo plazo sin cambiar o mutar las condiciones iniciales sobre las cuales se efectuaron dichas inversiones. Prácticamente se trata desde el punto de vista teórico de establecer las nuevas orientaciones institucionales y cómo éstas en diferentes contextos geográficos, han sufrido permanentes adaptaciones con el único objetivo de poner un límite a la intromisión del gobierno en el libre desarrollo de las actividades económicas privadas o como bien lo ha ilustrado la doctrina, de percibir “cómo las instituciones occidentales, por ejemplo, la democracia representativa, el poder judicial independiente, los derechos de propiedad, y así sucesivamente, todos ellos se han interrelacionado en la contención del gobierno y de esa manera, en la promoción de la inversión privada, la innovación y el crecimiento de la civilización.”⁷²

Si bien este oportunismo político puede difundirse a un sinnúmero de actividades económicas, donde el gobierno y los órganos legislativos pueden intervenir casi que libremente sin mayores restricciones e incidir también de mil formas en su desarrollo, en esta ocasión se pretende restringir el objeto de análisis concretamente al sector de los servicios públicos domiciliarios, lo cual obliga a efectuar un enfoque que contribuya esencialmente en la determinación de las particularidades económicas de este sector y como estas contribuyen para que el oportunismo político se desarrolle en el ejercicio de estas actividades, como segundo enfoque de este análisis, este también se orientara a presentar algunas estrategias de orden regulatorio que han incidido en el mundo occidental para exponer quizás la aparición de una teoría efectiva, que se ha consolidado como un útil instrumento para contener el oportunismo político y su indeseable perturbación de los asuntos económicos, aclarando eso sí que no se trata de un modelo uniforme en el diseño de las instituciones, sino que por el contrario puede tomar varios modelos u orientaciones dependiendo de cada país, pero con un mismo objetivo como es garantizar la independencia del regulador o de quien controle finalmente las decisiones estatales de orden económico.

Ya en consideración al primer punto, es decir a las particularidades inherentes del sector y cómo estas influyen para el ejercicio del oportunismo político, en primer lugar debe señalarse que es ampliamente conocido que en el mundo occidental, estas actividades han sido liberalizadas y en su mayoría se encuentran en manos de los particulares. Por lo tanto: “Es el paso del monopolio al régimen de competencia el que conduce a expulsar del dominio de la gestión de la empresa, donde solamente eran objeto de prácticas técnicas, asuntos que hoy en día requieren la definición de reglas que produzcan efectos de derecho sobre los terceros, ya se trate de operadores o consumidores.”⁷³ De este modo la injerencia estatal se hace manifiesta gracias al ejercicio de la actividad regulatoria, que vela

⁷² Ibídem pág. 422.

⁷³ MARCOU Gerard. *“Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional. Tomo I comparaciones y comentarios.”* Editorial Universidad del Rosario. Facultad de jurisprudencia. Bogotá. 2.009 pág 81.

permanentemente por la máxima liberalización de cada servicio, en procura de la conformación de mercados dinámicos con concurrencia de múltiples operadores en desarrollo de una actividad competitiva que garantice la disminución de los costos del servicio y aumento de la calidad en los niveles de prestación, o en su defecto ante actividades con una efectiva tendencia al monopolio natural, la regulación se encargara de recrear situaciones de mercado que le impliquen al prestador la simulación de los efectos benéficos de la competencia en el ejercicio de la actividad, pero en tal sentido los objetivos fijados a la función de regulación, en materia de servicios públicos se han constituido en un ideal de las instituciones encargadas de ejercerlas y cualquier desviación a estos objetivos puede ser un signo inequívoco de la aparición del oportunismo político.

En atención a estos pormenores técnicos que representan el núcleo esencial de la intervención estatal en el sector, hay otros aspectos operativos que enmarcan la prestación de los servicios públicos, se trata precisamente de la existencia de los costos hundidos y que son las grandes inversiones que se tienen que efectuar por lo general en redes o en otros aspectos de infraestructura y cuya recuperación solo puede obtenerse en el largo plazo, esto implica que los inversionistas privados en servicios públicos necesiten contar con condiciones estables por parte del Estado que regula la actividad y que garanticen el retorno de las inversiones efectuadas. Este punto generalmente es condensado por la doctrina especializada en los siguientes términos: “La razón de la politización de los precios de la infraestructura es triple. En primer lugar, el hecho de que un gran componente de las inversiones en infraestructuras se hunde, implica que una vez que la inversión se lleva a cabo el operador estará dispuesto a seguir operando, siempre y cuando los ingresos de explotación superiores a los costos de operación.”⁷⁴

Una vez que se han recordado estos pormenores de funcionamiento del sector en cuanto a las legítimas condiciones en que se debe desarrollar la injerencia estatal y a la existencia de costos hundidos, resulta más sencillo comprender ahora como se presenta el oportunismo político en materia de servicios públicos, por un lado debe comentarse como se señaló anteriormente, que los políticos en las democracias modernas intentan la maximización de sus propios intereses y de sus propias utilidades, y por esta razón utilizan el tema de los servicios públicos y la reducción de tarifas, como un mecanismo efectivo para atraer a las masas electorales y sumar votos a su favor, “finalmente el hecho que los servicios públicos tienden a ser de consumo masivo, implica que los políticos y los grupos de interés se preocupan por el nivel de precios de los servicios públicos. Por lo tanto el consumo masivo, las economías de escala y de inversiones a fondo perdido proporcionan a los gobiernos (nacional y local) la oportunidad de actuar en forma oportunista.”⁷⁵

⁷⁴ T. SPILLER Pablo. *“Institutions and commitment”*. (Haas school of business, University of California, Berkeley. CA 94720, Usa) pág. 423.

⁷⁵ *Ibidem* pág. 424.

Por ello y sin importar que los servicios públicos se encuentran privatizados, los políticos usaran el poder de intervención del Estado en la economía para provocar una efectiva disminución del régimen tarifario, medida que una vez ha sido puesta en práctica lograra maximizar la popularidad de los políticos y en consecuencia también sus beneficios electorales. Sin embargo este estilo de oportunismo político siempre ha perjudicado a los empresarios que ejercen actividades de servicio público, pues generalmente ellos han efectuado sus grandes inversiones con costos hundidos en aparentes condiciones de estabilidad y con parámetros aparentemente preestablecidos, y que gracias al influjo del oportunismo político son alteradas, modificando también la existencia de circunstancias financieras benéficas que procuren el retorno de la inversión, ya que como es natural entre más baja sea la tarifa que se pague por el servicio menor será para el prestador la tasa de retorno y menor la Capacidad de recuperación de las inversiones acometidas.

Por ende el oportunismo político en un sector caracterizado por la existencia de costos hundidos a desnaturalizado en muchas latitudes el correcto ejercicio de la actividad regulatoria y el contenido y esencia de los objetivos fijados por la privatización y la liberalización del servicio, que deben caracterizarse por un constante aumento de la eficiencia y calidad de los servicios públicos. Estas especiales consideraciones pueden verse nítidamente en la opinión de la doctrina especializada, que sobre este punto específico ha señalado: “La razón de la politización de los precios de la infraestructura es triple. En primer lugar, el hecho de que un gran componente de la inversión en infraestructura se hunde, implica que una vez que la inversión se lleva a cabo el operador estará dispuesto a seguir operando, siempre y cuando los ingresos de explotación sean superiores a los costos de operación. Dado que los costos de operación no incluyen un retorno sobre inversiones a fondo perdido (pero sólo en el valor alternativo de estos activos). En segundo lugar, las economías de escala implican que en la mayoría de los servicios públicos, habrá pocos operadores en cada localidad. Por lo tanto, el olor del monopolio siempre rodea a las operaciones de servicios públicos. Por último que los servicios públicos tienden a ser de consumo masivo, implica que los políticos y los grupos de interés se preocupan por el nivel de precios de los servicios públicos.”⁷⁶

De esta forma y estas especiales características hacen, que la mayoría de medidas administrativas oportunistas sean orientadas a lo que se ha denominado la expropiación de los costos hundidos, que se constituye en una muy grave forma de afectar a los operadores del servicio, ya que con la disminución de las tarifas se limita considerablemente la posibilidad de retorno de las inversiones, consolidándose lo que en otros lugares del mundo se ha podido denominar como una verdadera expropiación administrativa. Ilustrando mejor este punto se ha comentado que: “Estos altos costos hundidos pueden tentar a los gobiernos a comportarse de un modo oportunista y tomar decisiones reguladoras tendientes a expropias las cuasi- rentas disponibles una vez los costos están hundidos. Cuando

⁷⁶ Ibídem pág. 423-424

los inversores potenciales se dan cuenta de que existe este peligro puede que decidan no invertir en principio, a menos que se solucione adecuadamente esa cuestión o que se obtenga una prima mayor. Esta posibilidad representa la mayor fuente de riesgo regulatorio y afecta a los niveles de inversión, los costos de capital y las tarifas, dado que, para cubrir el riesgo, se exigen primas mayores.”⁷⁷

1.7.2 Algunas alternativas institucionales implementadas por la teoría económica encaminadas a corregir el problema del oportunismo político en materia de servicios públicos. De manera comparativa, esta tendencia al oportunismo político en materia de servicios públicos representada en arbitrarias reducciones de las tarifas, ha tenido muchos incentivos que han fomentado su práctica indiscriminada, debido a que en buena medida ella repercute en amplios beneficios para los políticos que adelantan este tipo de prácticas, como cuando el sistema electoral permite la reelección de ellos en muchos cargos públicos. Sin embargo y uno de los aspectos más importantes de estas discusiones, se encuentra en el hecho de admitir que el diseño de las instituciones políticas en general y también las instituciones regulatorias como engranajes de la estructura administrativa del Estado, juegan un papel fundamental para que en una sociedad se dé en mayor o menor medida el oportunismo político. Por ello como se señaló anteriormente uno de los aspectos más relevantes de este análisis, se encuentra en demostrar como las instituciones de cada país pueden configurarse para evitar una molesta intervención o injerencia política en la regulación de la economía.

Esencialmente debe partirse del hecho innegable que una correcta regulación con objetivos definidos que garantice la dinámica de los mercados, es la única intervención administrativa que ostenta legitimidad en las relaciones económicas presentes al interior de las sociedades y esencialmente los esfuerzos para una buena construcción teórica, deben ser orientados en analizar en cómo el diseño institucional de los países con pujantes y desarrolladas economías, garantizan la independencia de las decisiones de los órganos regulatorios o en su defecto la eliminación del oportunismo político en todas las decisiones de orden económico, en consecuencia: “ Si un gobierno quiere motivar a la inversión privada a continuación tendrá que diseñar mecanismos institucionales que limiten su propia capacidad para actuar en forma oportunista una vez que la empresa privada lleva a cabo su programa de inversiones. Estos arreglos institucionales no son más que el diseño de un marco regulatorio, y tendrá que estipular los procedimientos de fijación de precios, procedimientos de resolución de conflictos entre las partes, políticas de inversión etc.”⁷⁸

En otras palabras se debe buscar el marco institucional adecuado, que si bien procura la limitación de la actuación del gobierno, a su vez y fruto de la eliminación del oportunismo político, procure incentivar a los inversionistas privados a efectuar

⁷⁷ GUASCH J. Luis. *Concesiones en infraestructura*. Editorial Bosch. Barcelona.2005.pág 16.

⁷⁸ T. SPILLER Pablo. “*Institutions and commitment.*” (Haas school of business, University of California, Berkeley. CA 94720, Usa) pág. pág. 425.

sustanciales inversiones sin temores futuros a cambios en las condiciones de regulación que pongan en peligro la recuperación de las inversiones. Sobre este particular se ha llegado a reflexionar profundamente, porque se han podido establecer parámetros de afectación de los esquemas regulatorios en relación a los mismos costos de operación y al rendimiento de las utilidades. Hoy en día con certeza se puede establecer las consecuencias de las medidas administrativas y como estas en materia de servicios públicos en primer lugar, deben garantizar las condiciones de operación que acaban por compensar los costos de operación de la empresa y el rendimiento de sus activos no específicos, desde luego y en una real comprensión de la función regulatoria, esto nunca ha querido decir que el Estado se responsabilice directamente de la operación de la empresa, pero sí de crear las condiciones suficientes y necesarias para asegurar el desenvolvimiento económico de la actividad.

De todas formas creemos que cuando se está en presencia de costos hundidos, estas responsabilidades de crear condiciones de estabilidad imputables al Estado, crecen sustancialmente y lo obligan a mantener un régimen regulatorio adecuado que incentive a las empresas a efectuar grandes inversiones en el futuro, procurando en todo momento y por lo menos en lo que tiene que ver con el régimen regulatorio o medidas administrativas de cualquier orden, para que las condiciones se mantengan incólumes. Al respecto la experiencia internacional tristemente ha demostrado que cuando se presenta el oportunismo político, cambiando las condiciones previas o concomitantes a las grandes inversiones, se ha obligado a los empresarios de los servicios públicos a salir en la búsqueda del crédito, pero al permanecer las condiciones adversas, los pagos de estas nuevas obligaciones se hacen imposibles de efectuar, lo que en últimas trae de manera inevitable el estado de quiebra. Pero como los activos en su mayoría son específicos, generalmente las acciones de los acreedores pasan hacer parte de los prestamistas, presentándose de este modo un cambio rápido de la propiedad en las empresas de servicios públicos. Estos fenómenos que han tenido gran ocurrencia en América latina, que se ha caracterizado por tener grandes problemas en lograr un marco estable de regulación y la ausencia de instituciones fuertes que estén ajenas a la ocurrencia del oportunismo político, han servido de base para determinar el destino de muchas empresas privatizadas de servicios públicos.

Un importante ejemplo de estas imposiciones políticas que afectan el sistema tarifario y por ende la tasa de retorno de las inversiones puede verse latente en algunas reclamaciones ante tribunales de arbitramento especializados, uno muy importante, fue la solicitud presentada por BG group, National Grid Y United Utilities international Limited ante el organismo jurídico especializado de las naciones unidas pidiendo la conformación de un tribunal ad hoc para dirimir las diferencias “Ya que BG Group en Argentina controla el 70% de la distribuidora porteña de gas metrogas. La denuncia formulada por BG Group contra Argentina en Febrero de 2.002 se presentó al mes de producirse la declaración de emergencia económica y congelamiento de las tarifas, su reclamación es por US \$200 millones de dólares. Por su parte National Grid, la británica ex accionista de

la transportista de electricidad, (Transener), se acercó al CNUDMI EL 10 DE Abril de 2.002. Reclamo 92.5 millones de libras esterlinas (Us \$151.3 millones de dólares), que perdió por el congelamiento de las tarifas y la no aplicación del ajuste automático se tarifas según la inflación mayorista de Estados Unidos PPI.”⁷⁹

Desde luego y ante un panorama tan sombrío para la generación de grandes inversiones a largo plazo en materia de servicios públicos, no se han hecho esperar las soluciones que han consistido básicamente en que el gobierno se comprometa a crear condiciones destinadas a defender y proteger creando una tradición, que consiste en que la utilidad percibida por la empresa prestadora del servicio, tiene que recibir una tasa de retorno de las inversiones acometidas, esto se ha efectuado a través de la creación de licencias que autorizan la inversión , pero más que autorizarla, representan el compromiso estatal hacia el inversionista de obtener en la utilidades una tasa de retorno de las inversiones acometidas, en muchos países este tipo de garantías se han venido constituyendo en la única manera de limitar la discrecionalidad de los gobiernos. Sobre esto se ha comentado: “Una tradición de defensa de manera eficiente de los contratos y los derechos de propiedad es la que abre la opción al gobierno de restringir la discrecionalidad mediante el uso de contratos formales de regulación (Licencias).”⁸⁰

Este entonces podría ser uno de los panoramas más extremos, consecuencia de las debilidades y desequilibrios institucionales, pero generalmente este tipo de inconvenientes cuando no se presentan rápidos y eficaces correctivos como los expuestos anteriormente, dan lugar al despliegue de nuevas conductas por parte de los de los empresarios servicios públicos domiciliarios, por lo general encaminadas a restringir las grandes inversiones tan necesarias en el sector y a disminuir la calidad del producto final; al respecto sabiamente ha manifestado la doctrina que: “un efecto de primer orden es que el empresario dejara de invertir lo suficiente, a pesar de existir algo de utilidad, el empresario lo hará exclusivamente en las zonas con mercados donde la rentabilidad es muy elevada y donde el periodo de recuperación es relativamente corto. En segundo lugar, los gastos de mantenimiento pueden reducirse al mínimo, por lo tanto la calidad se degrada, del mismo modo las inversiones efectuadas pueden llevarse a cabo con tecnologías que tienen un menor grado de especificidad, incluso a costa de, una vez mas de la degradación de la calidad.”⁸¹

Como puede observarse aun contemplando los efectos menos perversos de las medidas políticamente oportunistas, puede llegarse a la conclusión que estas son extremadamente perjudiciales para la eficiencia y calidad en la prestación de los servicios públicos, tanto así que esta misma inconsistencia institucional se ha

⁷⁹ GRANATO Leonardo. “Protección del inversionista extranjero en los tratados bilaterales de inversión.” Universidad de Belgrano. Argentina 2.005. pág 57.

⁸⁰ p T. Spiller Pablo. “Institutions and commitment. (Haas school of business, University of California Berkeley. CA 94720, Usa) pág. pág.430.

⁸¹ Ibídem pág. 426.

convertido en una causa que eventualmente tiene la virtud de crear las condiciones para una toma de control directo por el gobierno, y en muchas ocasiones el factor que explica el fracaso de muchas privatizaciones y la retoma de muchos servicios públicos por parte del Estado. Al respecto T. Spiller ha comentado que: “Esta captura política de las utilidades equivale a una expropiación de los activos, ya que la compañía sea pública o privada no podrá disfrutar de las ganancias resultantes de sus activos hundidos. Así pues la expropiación puede ser indirecta y sutil. Si bien el gobierno tiene la alternativa de sustentar y proteger los derechos de propiedad tradicionales, también puede intentar una expropiación, es decir, hacerse de las utilidades mediante procedimientos regulatorios.”⁸² Una vez detectados los grandes inconvenientes que se generan gracias al oportunismo político, es muy interesante proseguir señalando que la teoría económica se ha ocupado de estudiar la capacidad que tiene la organización política, para diseñar y desarrollar la forma como deben funcionar las instituciones regulatorias, con el fin de evitar la aparición de conductas oportunistas por parte del gobierno.

En ese sentido cabe ahora analizar cuáles son los factores que de manera mayoritaria facilitan la fluidez y eficacia de las políticas regulatorias y en qué consiste el éxito de las instituciones encargadas de aplicarlas, desde luego el factor más influyente es la manera como las instituciones políticas y sociales ejercen sus roles dentro de la sociedad y el Estado, pero principalmente en su capacidad para restringir y controlar el oportunismo de la acción administrativa. Desde una perspectiva enteramente económica, es la capacidad institucional para controlar la acción de la administración y este es un factor que en buena medida determinara el éxito o la viabilidad de aplicar una u otra política regulatoria. En este entendido el diseño y la disposición de las instituciones que garanticen la independencia política y su interrelación con los mecanismos de control del ejercicio del poder, es el que hará posible la selección de una estrategia regulatoria adecuada para controlar el oportunismo político e incentivar la inversión.

De todas maneras cualquiera que sea esta estrategia la regulación en si misma debe conservar dos elementos invariables, elementos que han sido definidos por la doctrina económica y que se pueden sintetizar de la siguiente manera: “El diseño de la regulación tiene dos componentes: la gobernanza de reglamentación e incentivos regulatorios. La estructura de gobierno de un sistema de regulación comprende los mecanismos que las sociedades utilizan para limitar la discreción reguladora y para resolver los conflictos que surgen en relación a estos constreñimientos. Por otro lado, la estructura de incentivos de reglamentación que rigen los precios de los servicios públicos.”⁸³ Así mismo, estos elementos de la

⁸² T. SPILLER Pablo. SAVEDOFF William D. “*Oportunismo gubernamental y suministro de agua.*” Artículo publicado en Agua perdida (Compromisos institucionales para el suministro de servicios públicos sanitarios). Banco interamericano de desarrollo. New york. 2.000. pág 9.

⁸³ T. SPILLER Pablo. “*Institutions and commitment.*”(Haas school of businees, University of California, Berkeley. CA 94720, Usa) pág.427.

regulación definen el compromiso normativo, entendido como la capacidad que tiene el sistema político de producir instituciones regulatorias fuertes e independientes que tengan toda la capacidad de comprometer a la administración y al Estado con la generación de políticas de inversión estables para el sector privado. Este compromiso normativo esta a su vez, compuesto por dos importantes elementos la dotación institucional y la gobernanza regulatoria.

Analizando cada uno de estos elementos del compromiso normativo, puede advertirse de manera nítida en que el diseño y conformación de las instituciones políticas pueden condicionar la orientación en la búsqueda del correcto diseño de las instituciones de regulación, esta notable influencia de las instituciones políticas hacia el marco regulatorio, parte precisamente por definir las interrelaciones e influencias reciprocas entre los órganos legislativos y el órgano ejecutivo. En un primer orden, si existe una verdadera independencia en el sistema político del órgano ejecutivo, o si por el contrario este se encuentra sujeto al órgano legislativo, como ocurre en los sistemas parlamentarios. En resumidas cuentas uno de los puntos más sensibles de la dotación institucional, se enfoca en un análisis y definición de los mecanismos existentes para la designación de los legisladores y de los funcionarios que toman decisiones importantes, determinando las relaciones existentes entre el poder ejecutivo y el poder legislativo para la toma de decisiones económicas. “Según se ha comentado esto se ha denominado como los mecanismos formales para la designación de los legisladores y tomadores de decisiones, para la elaboración de leyes y reglamentos.”⁸⁴

En síntesis estas relaciones existentes entre las dos ramas en mención (ejecutivo-legislativo) y dependiendo la orientación democrática de su elección, determinaran de manera inequívoca una clara fuente para la aparición del oportunismo político. Además de ello resultara determinante en la definición de la dotación institucional, el papel que juegan las instituciones judiciales del país y los mecanismos de elección existentes para la escogencia y designación de los jueces, así como la definición de la estructura interna del poder judicial y muy especialmente el grado de independencia del juez para juzgar las controversias que se presentan entre los particulares, pero con un mayor énfasis en las que se presentan entre los particulares y el Estado.

En tal sentido se ha pensado que el ideal y el objetivo de una correcta dotación institucional, se encuentra en el grado de independencia que se pueda lograr entre las ramas del poder público, evitando injerencias o manipulaciones indebidas que se generan por el diseño mismo del sistema político, en teoría el problema de la independencia de las ramas del poder público, se encuentra hoy más que justificado por esa necesidad imperante de producir la eliminación del oportunismo político en las decisiones económicas, lo que incide favorablemente en un reposicionamiento de la teoría de los pesos y contrapesos. En palabras simples las injerencias y manipulaciones políticas se evidencian en las mismas coyunturas

⁸⁴ Ibídem pág. 426.

de los sistemas políticos, a modo de ejemplo en un sistema parlamentario donde el origen del ejecutivo proviene del parlamento, podrá establecerse que las medidas administrativas de carácter económico proferidas por el ejecutivo, estarán totalmente predeterminadas por los miembros del parlamento. Contrariamente en un sistema presidencial, donde el ejecutivo tiene un origen democrático y un gran poder presupuestal y burocrático, podrá este influir dramáticamente en la definición de los contenidos de las leyes económicas. “En consecuencia la forma de las instituciones legislativas y ejecutivas de un país influye en la naturaleza de sus problemas de regulación. La cuestión crucial es hasta qué punto la estructura y organización de estas instituciones imponen restricciones sobre la acción gubernamental.”⁸⁵

En consecuencia estos podrían ser los típicos entrelazamientos del sistema político, pero las medidas para orientar el diseño institucional con el fin de controlar el exceso de poder, la arbitrariedad y la discrecionalidad, pueden ser muy variados, a modo de ilustración la doctrina a sugerido lo siguiente: “La gama de mecanismos institucionales para restringir la autoridad gubernamental incluye: La separación explícita de poderes entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial del gobierno: una constitución escrita que limita el poder ejecutivo del legislativo, y ejecutada por los tribunales: dos cámaras legislativas elegidas en virtud de diferentes normas de votación y una estructura federal del poder, con una fuerte descentralización hasta el nivel local.”⁸⁶ Por lo general estas medidas son tan profundas que generalmente ocasionan que el sistema político sea algo inflexible.

Si bien siempre la ciencia política ha hecho importantes esfuerzos por analizar y proponer estrategias para independizar al ejecutivo del legislativo, en materia de control de las decisiones administrativas, se impone cada vez más la tendencia del control judicial independiente, acompañada de un notable desarrollo de las técnicas de enjuiciamiento de los actos gubernamentales, por otra parte la solidificación de una independencia entre el ejecutivo y el legislativo, ha también garantizado el desarrollo legal de normas y reglamentos que han terminado por desarrollar de manera sustancial el derecho administrativo, con la incorporación de procedimientos bien definidos para la reclamación ante los entes de carácter gubernamental. A modo de ejemplo “en los EE.UU, el gobierno regulador se compone de un conjunto complejo de procedimientos administrativos. Una implicación importante de esta opción reguladora es que el poder judicial juega un papel clave en el proceso regulatorio. El derecho administrativo establece que todas las decisiones de los órganos administrativos pueden ser revisadas por los tribunales federales.”⁸⁷

La conjugación de todos estos logros regulatorios pueden verse con nitidez en los procesos de liberalización en materia de telecomunicaciones en Estados Unidos, allí se han presentado grandes avances que evidencian la existencia de

⁸⁵ Ibídem pág 427.

⁸⁶ Ibídem pág. 428.

⁸⁷ Ibídem pág 435.

mecanismos institucionales capaces de restringir en buena medida la presencia del oportunismo político, se trata precisamente de la eficaz combinación de estrategias institucionales, que han mostrado buenos resultados en la consecución de estos objetivos. Por una parte se ha logrado la consolidación a nivel institucional de una gran independencia judicial, donde los jueces con criterios independientes han podido revisar las decisiones administrativas cuando se produce la regulación de sectores económicos estratégicos, como el de los servicios públicos o el de las telecomunicaciones. Otro elemento distintivo y que sin duda se ha consolidado en un gran avance, es el control judicial que se desarrolla en relación a las decisiones u actos administrativos emitidos por agencias regulatorias que ostentan una verdadera independencia del ejecutivo y el legislativo. De este modo el sistema de control de la decisión administrativa económica resulta ser muy eficiente en dos sentidos, gracias al diseño institucional y si a esto se le suma la existencia de algunas leyes que predeterminan un procedimiento estable para ser aplicado por las agencias regulatorias y por el poder judicial en un control posterior. Fundamentalmente “Hay dos condiciones para que un sistema de procedimientos administrativos sujetos a revisión judicial proporcionen un compromiso normativo. En primer lugar, la división de poderes que tiene que ser real, es decir, ni el ejecutivo ni el legislativo pueden dominar el proceso político. En segundo lugar, que el poder judicial no es fácilmente manipulable por los partidos políticos. Bajo estas dos condiciones, los tribunales naturalmente crean una tradición de decisiones de los organismos en disputa, una tradición jurídica que es un ingrediente básico para la revisión judicial que proporciona credibilidad.”⁸⁸

Se puede evidenciar entonces la concurrencia benéfica de varios componentes que se interaccionan en el régimen político para lograr un adecuado régimen regulatorio, en consecuencia la combinación de estos elementos ha sido descrita por la doctrina en los siguientes términos: “El congreso de los Estados Unidos ha promulgado varias piezas de legislación que establecen las normas para la revisión judicial, incluso al llegar a la misma existencia de una ley de procedimiento administrativo. La promulgación de una agencia suele incluir determinados procedimientos administrativos que la agencia debe seguir.”⁸⁹

A pesar de la variedad de elementos que componen este eficiente sistema, es muy importante en este engranaje el papel que juegan los jueces en la revisión de las decisiones administrativas, la independencia suministrada en Estados Unidos al sistema judicial, ha servido en gran magnitud para depurar el oportunismo político de las decisiones administrativas de carácter económico, esta tendencia a su vez se ha visto fortalecida por la útil tradición norteamericana de consolidar precedentes judiciales, lo cual ha llevado a la formación de una sólida jurisprudencia con carácter muy estable para juzgar las decisiones regulatorias de las agencias federales, en este caso las sentencias de los jueces han podido

⁸⁸ Ibidem pág 437.

⁸⁹ Ibidem pág. 435.

estructurar una visión que hace posible prever cual será la posición estatal en decisiones de corte económico y regulatorio.

Entonces en estos países donde el poder judicial ha jugado un rol fundamental en el control del oportunismo político, se ha generado un gran poder institucional a favor de los jueces, que bien pueden determinar y cambiar las decisiones administrativas del gobierno y de las agencias regulatorias. Haciendo algunos comentarios sobre el uso de este poder, la doctrina especializada ha comentado: “La revisión judicial en un sistema de división de poderes, sin embargo, es un alma de doble filo. Por un lado, la revisión judicial puede limitar las desviaciones del status quo, pero a menudo puede ser un instrumento para motivar el cambio. Gely y Spiller (1.990) muestran cómo la revisión judicial bloqueó a la administración Reagan en varios intentos de desregulación a través de una resolución administrativa.”⁹⁰

Los resultados en Estados Unidos fruto de la aplicación de un sistema judicial que controla las decisiones de las agencias regulatorias y de las decisiones del gobierno, hoy se muestra como un modelo altamente efectivo, ya que la independencia conferida por el sistema político a los jueces ha facilitado que las decisiones judiciales estén desprovistas de cualquier manipulación de los partidos políticos, en ese orden una continua valoración del juez de las decisiones económicas, ha logrado solidificar una tradición jurídica que hoy brinda una inmensa credibilidad para los inversionistas y empresarios de los servicios públicos, por tal razón esa conjugación de factores donde se destaca la independencia del poder judicial, ha servido para ratificar en la práctica la conveniencia de muchos fundamentos teóricos, pues el funcionamiento institucional así concebido, es capaz de eliminar la incertidumbre que impera cuando el oportunismo político es un factor decisivo en el sistema político.

Pero igualmente puede admitirse que si bien la revisión judicial por las razones argumentadas juega un papel transcendental en el buen funcionamiento del sistema, lo mismo puede señalarse de su otro componente, es decir la misma existencia de órganos independientes encargados de diseñar y ejecutar la política regulatoria. En primer lugar y para explicar la importancia de estos órganos, se ha podido establecer en sistemas regulatorios más avanzados que lo que se viene produciendo muchas veces al nivel constitucional es una delegación de las funciones legislativas a dichos órganos independientes, de ahí que se sostenga la existencia de un gran poder normativo en su favor, pero esta delegación así como el poder que estos órganos juegan en el diseño institucional para el control del oportunismo político no ha sido una cuestión caprichosa, contrariamente sus marcados rasgos de independencia han surgido en virtud de una gran evolución institucional, que ha propendido por imprimir a las decisiones económicas regulatorias un origen que sea capaz de desvincularla de las continuas pugnas de intereses presentes en los órganos ejecutivos y legislativo.

⁹⁰ *Ibidem* pág. 437.

Por ende y gracias a una continua evolución teórica, se ha llegado a concluir que la independencia de estos órganos no es ocasionada solamente por la delegación normativa que en ellos se conjuga, o por la independencia económica y financiera que le concede ser un órgano autónomo dentro de la organización administrativa del Estado, sino básicamente por el carácter técnico de sus miembros, que deben ser nombrados con sistemas de elección que garanticen una verdadera desvinculación de los intereses políticos presentes en los poderes ejecutivo y legislativo del Estado. No obstante y a pesar de que este grado de autonomía se considera algo ideal, alcanzar una forma de designación enmarcada en estas precisas condiciones para el desarrollo de actividades regulatorias, en la vida práctica se han presentado grandes dificultades, a pesar de ello y en aras de preservar la aludida autonomía se han desarrollado sistemas de elección que conjugan la participación conjunta de varias instituciones al interior del Estado o como lo ha registrado la doctrina: “A fin de que la entidad reguladora goce de más autonomía, suelen participar en su designación diversas instituciones. En algunos países, el jefe del ejecutivo designa los miembros de la entidad reguladora entre los nombres de una lista presentada por el parlamento, mientras que en otros el poder ejecutivo los designa entre los nombres presentados por el parlamento, o por asociaciones de usuarios u otras entidades.”⁹¹

En primera instancia y como referente histórico se ha evidenciado que estos órganos autónomos han hecho más su aparición en gobiernos divididos, es decir donde existe una más marcada independencia del ejecutivo y el legislativo, pero donde prevalecen las alianzas estratégicas entre los dos poderes con grandes efectos en la repartición de la burocracia, en voces de la doctrina: “El uso de funcionarios políticos (incluidos los organismos independientes), surge en los sistemas que se caracterizan por un gobierno dividido, donde el poder ejecutivo tiene menos control sobre la burocracia profesional, ya que éste, naturalmente, tiende a alinearse con el poder legislativo. Una institución política que tiende a ser más duradera que el poder ejecutivo.”⁹²

En esencia los esfuerzos por generar independencia de este tipo de órganos, se ven más orientados a garantizar la independencia del congreso, es decir hacia el órgano legislativo que al mismo ejecutivo, pero esta razón se explica fácilmente por la marcada tendencia en muchos países de tener legislativos fuertes con un mayor nivel de importancia en el sistema político sobre el ejecutivo, por otra parte las relaciones interorganicas entre el legislativo y los órganos autónomos son muy estrechas desde el punto de vista funcional, esto debido a que las delegaciones de competencias normativas ejercidas del órgano legislativo a estos órganos no son absolutas y se desarrollan sobre la existencia previa de leyes que informan de manera general los parámetros de los procedimientos de regulación, sin embargo aquí se han efectuado algunas distinciones y se ha podido llegar a analizar

⁹¹ VEYtia Hermani. “Comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional.” Anuario Volumen XXXI. Austria Abril 2.003. pág 94.

⁹² P T. SPILLER Pablo. “Institutions and commitment.” (Haas school of business, University of California, Berkeley. CA 94720, Usa) pág. 437.

diferentes técnicas que se hacen visibles en las relaciones entre el legislativo y los órganos independientes, para ilustrar mejor este punto la doctrina ha señalado: “se ha elaborado un marco, para entender la elección congresional entre la legislación específica y la vaga. La legislación específica en el fondo determina con mucha claridad y detalle las acciones administrativas (por ejemplo, la FCC para realizar subastas para la asignación del espectro, la EPA para organizar mercados para la concesión de derechos de contaminación), mientras que las legislaciones vagas son aquellas en que el congreso sólo especifica los principios generales para ser interpretadas por las agencias y por los tribunales.”⁹³

La conveniencia o inconveniencia de este tipo de disposiciones legales varía en cada sistema político, ya que si hay una gran influencia del ejecutivo sobre el legislativo, lo ideal sería la existencia de una legislación vaga que le otorga gran margen de operación a las agencias reguladoras, si por el contrario existe una gran independencia entre el ejecutivo y el legislativo, las reglas que adopte el congreso para orientar a la regulación, serán bien recibidas pues de alguna forma fueron expedidas con un alto grado de independencia política. No obstante y pese a estas aseveraciones que se formulan en torno a las especificidades propias del sistema político, lo ideal sería que la legislación emitida no restringiera el marco de actuación de los órganos independientes, ni diera lugar a una pérdida de poder para proferir regulaciones ajenas a las inestabilidades de orden político, en conclusión las particularidades del sistema no deben convertirse en una excusa para producir normas ajenas al compromiso normativo. O en otras palabras: “El derecho estatutario de cada administración autónoma, puede establecer soluciones y normas diferentes a las contenidas al derecho administrativo estatal y local, y ello con independencia del rango normativo que tenga el acto aprobatorio de ese derecho singular.”⁹⁴

Sean cual sean los pormenores que definan al régimen político, el punto de referencia para la implementación y éxito de cualquier diseño institucional, será siempre contener las decisiones políticas oportunistas de la administración o de cualquier órgano que pueda llegar a verse influido por este oportunismo, pero debe insistirse que la mayoría de detalles que componen a la teoría de la independencia en la regulación, se han dirigido mayoritariamente a sincronizar el funcionamiento de las agencias regulatorias y garantizar asimismo su buen desempeño. En muchos regímenes los avances más significativos se han registrado en aumentar el dialogo permanente entre el regulador y las empresas reguladas y se han conferido poderes de veto con auténtica operatividad para evitar medidas administrativas con limitaciones de precio a la tarifa, a modo de ilustración: “En países como Japón, Jamaica y el Reino Unido se ha proporcionado a las empresas reguladas una cierta cantidad de poder de veto sobre las decisiones regulatorias. Consideremos el caso de los servicios públicos británicos que están regulados por diferentes métodos de limitación de precios.

⁹³ Ibídem pág. 442.

⁹⁴ JIMÉNEZ DE CISNEROS F.J. “*Los organismos autónomos en el derecho público Español: Tipología y régimen jurídico.*” Instituto nacional de administración pública. Madrid. 1.987 pág 116.

Las características distintivas de estos métodos de limitación de precios es que están incrustados en la licencia de las empresas y no en una decisión de la agencia o en una pieza de legislación.”⁹⁵

Ya para finalizar y luego de un análisis sustentado en la naturaleza del oportunismo político en materia de servicios públicos y seguidamente de un análisis de las estrategias hoy imperantes para el fortalecimiento institucional, podemos concluir diciendo que los países que han logrado un desarrollo económico, son aquellos que han logrado eliminar la arbitrariedad política de las decisiones económicas, entendidas como este tipo de decisiones que por maximizar el interés particular y los propios beneficios de quien ostenta el poder, terminan por cambiar sustancialmente las condiciones necesarias para lograr el retorno de las inversiones efectuadas. “En su forma básica, el oportunismo gubernamental significa tarifas bajas; tan bajas, de hecho, que no le dan a la empresa sea pública o privada la capacidad de financiar su propia expansión, sea presente o pasada (es decir el pago de deudas). Sin embargo, bajar los precios no es simplemente un evento único y reversible por el contrario, una vez despierto el interés político inmediato por mantener bajas las tarifas, los precios bajos provocan una espiral descendente en la que ciertos factores, que se refuerzan mutuamente, hacen de las tarifas bajas y mala calidad un equilibrio estable.”⁹⁶

En consecuencia y sin importar los pormenores propios del funcionamiento de las instituciones gubernamentales, los futuros esfuerzos por diseñar instituciones que sean capaces de contener el oportunismo oficial, deben orientarse a un fortalecimiento de la independencia del poder judicial como primera medida y a la creación de verdaderos órganos autónomos independientes que se encuentren por fuera de la estructura tradicional del Estado y no estén proclives a influencias políticas ejercidas por el ejecutivo y el legislativo, asegurando el carácter técnico de sus miembros.

1.7.3 El contrato de concesión de servicio público como instrumento jurídico para la eliminación del oportunismo político. Tal y como se describió en líneas anteriores, el oportunismo político es combatido y contenido gracias al empleo de diversas técnicas jurídicas, de manera concluyente pudo advertirse como la teoría económica aconseja varias estrategias, que van desde la configuración del diseño institucional hasta el empleo de diversos instrumentos jurídicos para lograr su finalidad de contención de las decisiones políticas. En consecuencia es precisamente en este punto donde hace su aparición la concesión de servicio público como un instrumento jurídico empleado por la teoría económica como medio de contención del oportunismo. A continuación se efectuara un breve análisis que comentara como el sistema concesional de servicio público, viene

⁹⁵ P T. SPILLER Pablo. “*Institutions and commitment.*” (Haas school of business, University of California, Berkeley, CA 94720, Usa) pág 445.

⁹⁶ T. SPILLER Pablo. SAVEDOFF Wiliam D. “*Oportunismo gubernamental y suministro de agua.*” Artículo publicado en Agua perdida (Compromisos institucionales para el suministro de servicios públicos sanitarios). Banco interamericano de desarrollo. New york. 2.000. pág 16.

siendo usado satisfactoriamente para poner freno al oportunismo que se desarrolla concretamente en materia de servicios públicos.

En esta situación especial se ha venido utilizando el contrato de concesión de servicio, ya que el sistema concesional aprovecha las virtudes aportadas por su régimen jurídico, en este caso por la posibilidad de negociación de muchas de sus cláusulas, pero en especial aquellas que fijan el sistema de remuneración del contratista es decir las que fijan contractualmente el régimen tarifario. Esta posibilidad de establecer las tarifas contractualmente se ha convertido en un medio de garantía para los inversionistas en materia de servicios públicos, pues las tarifas fijadas contractualmente aportan la seguridad jurídica que los empresarios necesitan para efectuar inversiones a largo plazo, con la garantía previa de que estas condiciones no sean modificadas arbitrariamente por la administración sin alterar la ley del contrato.

De esta forma la concesión se ha convertido en un instrumento muy valioso para que se efectúen inversiones en materia de servicios públicos, evitando a toda costa la aparición del oportunismo político, que como se vio ha hecho tanto daño a la posibilidad de inversiones a largo plazo en este sector. Desde luego su operatividad se encuentra restringida y se circunscribe específicamente a aquellos casos en donde la administración a un guarda la prestación directa del servicio público como en el caso de monopolios naturales. De esta manera el caso de estudio que a continuación se expondrá, resume satisfactoriamente la regulación de monopolios naturales a través de la concesión de servicio público y la fijación en esos eventos de las tarifas contractuales para evitar la injerencia anómala de la administración.

Es importante precisar que la contención del oportunismo político por medio del contrato de concesión de servicio público se viene efectuando en aquellos casos donde se hace viable la prestación del servicio por este medio. Por lo tanto puede llegarse a verificar en su empleo la satisfacción de dos necesidades económicas la prestación del servicio en un monopolio natural y la estipulación contractual de las tarifas lo cual evita el aludido oportunismo político. Si bien este tema será objeto de estudio en esta investigación al considerar que una de las ventajas que el cambio institucional aporta al sistema concesional, es su procedencia en situaciones excepcionales donde falla la libertad de entrada y el mercado, en este punto nos hemos dedicado solamente a analizar el contrato como medio de contención del oportunismo político. Posteriormente en todo un capítulo analizaremos una de las nuevas perspectivas económicas del contrato de concesión de servicio público, como medio de prestación excepcional, pero no única, en situaciones especiales donde se presentan deficiencias del mercado.

Ahora bien, la provisión de un servicio público constituido como monopolio natural más que ser considerado como un reto jurídico ha sido persistentemente conocido como un reto económico, por ende las estrategias jurídicas que surgen, sin duda son una respuesta posterior a las alternativas formuladas por los economistas que han intentado por todos los medios de hacer desaparecer las consecuencias adversas presentes en los monopolios naturales. Como es bien sabido la teoría del monopolio natural ha surgido como una consecuencia inevitable ante la imposibilidad de implementar en todos los servicios públicos un régimen de libre entrada con pluralidad de prestadores, que sean determinadas directamente gracias a la implementación de un régimen de libre competencia. Esta imposibilidad ha demandado de las ciencias económicas continuos esfuerzos para contener y superar los efectos indeseables que se producen en esta modalidad obligada de prestación, como lo son los precios altos del monopolio natural, que son trasladados a los usuarios, que en este caso se verán obligados a pagar por los servicios provistos en esta forma.

La respuesta de los teóricos ante la nociva consecuencia de este modo de prestación de los servicios públicos ha sido la regulación económica del servicio público monopólico. Sin embargo la regulación no se ha visto del todo como una alternativa satisfactoria para superar los precios también monopólicos, lo cual ha llevado a sugerir desde la academia otras alternativas y métodos que dirigidos a los monopolios naturales permitan la eliminación de los precios elevados. No obstante la aparición de nuevos métodos, no ha constituido per se la desaparición de los avances regulatorios efectuados en la materia, lo que en muchas ocasiones obliga a los especialistas a evaluar en qué casos resulta más adecuado hacer uso de la regulación y en cuáles no. Por ello la doctrina económica ha insistido en aclarar estos tópicos señalando que: “Las fallas de la regulación varían con el tipo de actividad regulada y con la forma de la regulación intentada, pero debemos evaluar las propiedades de la alternativa propuesta, no sólo en general sino también específicamente respecto de la actividad en cuestión. Si el modo propuesto falla en sentidos similares o diferentes, es posible que sean ilusorias las supuestas ventajas de la eliminación de las regulaciones.”⁹⁷

De igual forma el énfasis debe efectuarse en la existencia de diferentes mecanismos que contribuyan eficazmente a mitigar los perversos efectos de los elevados precios que son consecuencia de la existencia de servicios públicos que se prestan a manera de monopolio, naturalmente como mecanismos alternos a la regulación económica y cuya efectividad ha sido comprobada en otras

⁹⁷ OLIVER E. WILIANSON. “*Las instituciones económicas del capitalismo.*” Fondo de cultura económica de México. 1.989. pág 330.

jurisdicciones. A modo de ejemplo “estos arreglos se han ido haciendo más comunes en el caso de los servicios públicos, grandes empresas Europeas y americanas están adjudicándose contratos para dar servicio de telecomunicaciones, agua, electricidad y gas en otros países. El modelo de concesión francesa se utiliza en África occidental, Malasia y América latina, incluyendo México, Argentina y Venezuela.”⁹⁸ Lo más persistente entonces parece ser el reconocimiento del monopolio natural como una barrera casi infranqueable a nivel económico, desde este punto de vista su definición es casi invariable y las características del monopolio natural apuntan necesariamente a la intervención de un solo operador. Una vez conformado el monopolio, las leyes económicas relativas a un mercado con dicha composición apuntarán a una fijación del precio de manera monopólica, como ratificación de lo aquí expresado la doctrina económica expuso lo siguiente: “Debido a la escala de producción económica, es menos costoso para una empresa producir un producto en un determinado mercado de lo que es para dos o más empresas.”⁹⁹

En este sentido debe admitirse que uno de los retos económicos más significativos que se hace visible en la transición de un régimen de prestación estatal, al actual régimen de libre entrada, se encuentra en el tipo de regulación que se efectúe de los monopolios naturales de servicio público en los cuales se hace imposible la libre competencia. Lo cual representa un reto. Idear soluciones dirigidas a hacer competitivos los precios que pagan los usuarios de los servicios prestados en esta condición.

Una de estas alternativas se hace patente precisamente en la asignación de monopolios naturales a través de franquicias, que son otorgadas por medio de un sistema de subastas públicas en los Estados Unidos. Ilustrando mejor este medio alternativo como aquí ha querido denominarse, se ha comentado que: “La propiedad monopólica privada implicaba la fijación de precios monopólicos. La respuesta de Chicago elaborada sucesivamente por Demsetz (1968), Stigler (1968) y Posner (1972), es que el precio monopólico no es una consecuencia necesaria de una condición de monopolio privado no regulado. Tal resultado puede evitarse con una subasta ex ante para otorgar la franquicia monopólica a la empresa que ofrezca proveer el producto en los mejores términos.”¹⁰⁰

⁹⁸ MARTÍNEZ OMAÑA María Concepción. *“La gestión privada de un servicio público.”* Plaza y Valdez. México D.F. 2.002. Pág 44.

⁹⁹ DENSETZ Harold. *“Why regulate Utilities.”* Journal of law and economics, Vol 11, No 1. April., 1.968 pág 56.

¹⁰⁰ OLIVER E willianson. *“Las instituciones económicas del capitalismo.”* Fondo de cultura económica de México. 1.989. pág. 238.

Para explicar el funcionamiento del sistema que causa inmensa curiosidad por ser alternativo y no concurrente a inveterados mecanismos regulatorios, las investigaciones existentes aconsejan una valoración previa del mercado, pero especialmente de la estructura industrial y económica del servicio, pues se busca la existencia de una economía a escala que aconseje la existencia de un solo prestador del servicio, cosa que al igual que en el derecho administrativo continental puede asemejarse a la concesión de servicio público con fines similares, como es el otorgamiento de la prestación de un servicio público en condiciones de monopolio natural. En este sentido el aporte más significativo del sistema de franquicias se presenta al recrear y auspiciar un ambiente competitivo en la etapa de la licitación inicial donde de hecho puede abiertamente concurrir cualquier empresa que se crea en condiciones de efectuar la prestación del servicio.

Es en este momento en que las partes compiten entre sí para lograr las mejores condiciones y precios en la prestación del servicio, pues solo se concederá la franquicia a quien sea capaz de ofrecer las mejores condiciones tanto de calidad como de precio, eliminando de este modo que se presenten precios monopólicos en franquicias que otorgan la prestación de servicios con monopolio natural. Así al comentar las ventajas del sistema de franquicias como medio alternativo a la regulación la doctrina especializada ha comentado: “Cuando un gran número de agentes calificados presentan licitaciones no colusorias para convertirse en proveedores de la actividad de costo decreciente, el precio resultante no reflejará necesariamente el poder monopólico.”¹⁰¹

No obstante si bien aquí se ha afirmado que los fundamentos para el otorgamiento de la franquicia se componen por dos aspectos económicos fundamentales como el menor precio y la calidad del servicio, inicialmente el modelo propuesto en los Estados Unidos solo se preocupó por integrar dos criterios, ambos relacionados con el precio de la franquicia. El primero y partiendo de la noción general de franquicia, implicaba que el ganador y de acuerdo a su propuesta inicial desembolsara periódicamente a la administración otorgante sumas de dinero fijas, de hecho el ganador de la franquicia era aquel que mas cantidad de dinero de manera periódica ofreciera, la consecuencia de ello sería la capitalización de los beneficios monopólicos derivados de la explotación del servicio en esta forma, convirtiéndose la administración en la única beneficiada, ya que los usuarios debían someterse a los mismos precios monopólicos. El segundo criterio también alusivo al precio del servicio, permitió estructurar la oferta de los concursantes en relación al precio más bajo ofrecido en las tarifas a los usuarios, las ventajas de

¹⁰¹ Ibídem pág. 330

este sistema eran lógicamente mejor percibidas por los usuarios, quienes veían una disminución sustancial en las tarifas a pagar por concepto del servicio suministrado.

Si bien las reflexiones anteriormente emitidas representan a grandes rasgos una impresión inicial del sistema de franquicias, la teoría pasa de ser eminentemente descriptiva hasta ir construyendo sus conceptos al punto de llegar a denominar la franquicia como una serie de contratos, en donde se pueden distinguir tres tipos, todos ellos con una misión específica como es la regulación de los precios pagados en los servicios públicos monopólicos. A continuación resulta de obligatoria mención cada una de estas modalidades ya que constituyen un aporte fundamental en la tarea de efectuar un control de los monopolios naturales, como un mecanismo alternativo a la regulación económica de los servicios públicos.

En un primer orden se encuentran los contratos definitivos, ellos reconocen la necesidad de dar prioridad al sistema de subasta y llegar a considerarla como una promesa de vender barato por quien se encuentra en una posición seria de obtener la franquicia como medio de explotación del servicio, a su vez dentro de estos contratos definitivos suele “distinguirse dos tipos de contratos de una sola vez: Los contratos completos de reclamaciones contingentes y los contratos incompletos. Los primeros requieren que cada uno de los licitantes especifiquen los términos (precios) en los que esté dispuesto a proveer el servicio ahora y, si deben cambiarse los precios en respuesta a inciertos eventos futuros.”¹⁰² De antemano y adentrándonos a las especificidades técnicas de esta modalidad, puede advertirse que este contrato permite anticiparse a la ocurrencia de contingencias futuras que alteren la ecuación económica, sin embargo y como situación paradójica son los economistas los primeros en advertir que esta modalidad conlleva grandes dificultades que complican su redacción, negociación y ejecución.

En cuanto a los contratos incompletos de una sola vez son viables en el sentido de que se satisfacen las restricciones de la racionalidad limitada, pero plantean ciertos riesgos al incrementar el riesgo del oportunismo.”¹⁰³ Ya en cuanto a una segunda categoría, hacen su aparición los contratos incompletos a largo plazo. Estos contratos como su nombre lo indica, proyectados a largos periodos de tiempo, dan la posibilidad de efectuar futuras adaptaciones generalmente mediante el uso de renegociaciones utilizando la técnica de cláusulas punitivas. Este sistema de renegociación evita que se incurra en el tortuoso camino de

¹⁰² *Ibíd*em pág. 334.

¹⁰³ *Ibíd*em pág. 334.

efectuar negociaciones previas a la suscripción del contrato y faculta a las partes a ajustarse a las nuevas contingencias cuando éstas en realidad han acontecido y se pueden calcular sus efectos.

Ya ante una tercera modalidad como son los contratos recurrentes a corto plazo puede mencionarse que “Una gran ventaja de la contratación recurrente a corto plazo sobre la contratación a largo plazo es el hecho de que los contratos a corto plazo facilitan la toma de decisiones adaptables, secuenciales. Así se evitan los requerimientos de que las contingencias sean comprensivamente descritas y las adaptaciones apropiadas a cada una se elaboren por adelantado.”¹⁰⁴ Por ello el método de otorgamiento de la franquicia flexibiliza el proceso disminuyendo abiertamente los costos de transacción, pues evita que se incurra en desgastantes negociaciones que tengan como cometido final adaptar a las partes a las nuevas contingencias, por el contrario el hecho de estar otorgando de manera continua la franquicia le concede una posición privilegiada a la administración, que puede prepararse para afrontar las nuevas realidades económicas desde luego en un entorno de situaciones cambiantes valorar las mejores ofertas, evitando por esta vía los enormes costos de transacción que estas negociaciones aparejan. Al mismo tiempo se constituyen en una prenda de garantía para los concesionarios pues no existe un mecanismo distinto para la fijación de las tarifas que la renegociación, pactando por la vía contractual siempre el esquema tarifario que evita la discrecionalidad de la administración en estas materias.

1.8 LA INCIDENCIA DE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN COMO FACTOR DE CAMBIO INSTITUCIONAL EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Si bien en temas anteriores se ha tenido la oportunidad de reflexionar acerca de las instituciones y más concretamente sobre la dinámica del cambio institucional, como tema de gran interés debe igualmente hacerse manifiesto que en esta precisa línea de investigación como lo es el tema del cambio institucional, la obra de Oliver E Wilianson resulta ser verdaderamente reveladora al explicar los costos de transacción como factor de cambio. El tema de los costos de transacción está íntimamente ligado al funcionamiento de las instituciones propias del capitalismo y hace parte del discurso institucional que como tema de investigación se afianza con referencia especial a las empresas, los mercados y la contratación, desde luego el despliegue científico y la orientación investigativa de los costos de transacción como una tendencia generalizada, se afianza cada vez más en que la eficiencia de las instituciones económicas del capitalismo estará dada precisamente en economizar dichos costos.

¹⁰⁴ *Ibíd*em pág. 340

En consecuencia y una vez se ha advertido la trascendencia de los costos de transacción en la teoría institucional, es previsible que cualquier esfuerzo encaminado a emprender un análisis al respecto inicie convenientemente con la formulación de una definición, es aquella que los concibe como los costos de administración del sistema económico, o en voces de la doctrina: “Keneth Arrow ha definido los costos de transacción como los costos de administración del sistema económico. Tales costos deben distinguirse de los de producción, que es la categoría de costos de la que se ha ocupado el análisis neoclásico. Los costos de transacción son el equivalente económico de la fricción de los sistemas físicos.”¹⁰⁵

Sin embargo es efectivo explicar que estos costos difieren conceptualmente a los costos de producción, parecen ser conceptos bien diferenciados y una vez hecha esta forzosa comparación es entendible que los costos de transacción son todos aquellos que hacen posible las transacciones y la negociabilidad. Están íntimamente ligados a la formación del consentimiento y a la toma de decisiones económicas capaces de generar una permanente utilidad, en este sentido el escenario donde discurren este tipo de elecciones y de reflexiones es el contrato. En buena medida la negociabilidad y los costos de transacción en su gran mayoría están sujetos a los acuerdos contractuales que las partes efectúen, desde luego un interés de mutua conveniencia, expresado en el ánimo de lucro de las partes es el que permitirá una intensa planificación de las prestaciones acordadas, donde se hace manifiesta una armonización de las intenciones de las partes para el fin del logro anteriormente descrito, así lo ha concebido la doctrina señalando que : “La economía del costo de transacción plantea la cuestión de la organización económica como un problema de contratación. Debe realizarse una tarea particular, la que puede organizarse en varias formas alternativas. A cada una de ellas se asocia un mecanismo explícito o implícito de contrato y apoyo”¹⁰⁶

¹⁰⁵ OLIVER E wilianson. “*Las instituciones económicas del capitalismo.*” Fondo de cultura económica de México. 1.989. pág. 29

¹⁰⁶ *Ibíd*em pág. 30

1.8.1 Los costos de transacción ex Ante. Una vez identificado el escenario propicio donde se hacen latentes los costos de transacción y la forma como este proceso de negociación y la manera como la negociación los afecta incrementándolos o disminuyéndolos, se ha podido clarificar que el contrato como institución económica está estructurado en dos momentos o estadios que establecen la oportunidad de negociación o que en definitiva hacen posible la culminación de los acuerdos, se trata de los costos de transacción ex ante y ex post.

Los primeros costos que se hacen palpables en la redacción del acuerdo y los ex post que devienen como consecuencia de los primeros y que generalmente se manifiestan en la necesidad de implementar mecanismos para la solución de eventuales controversias.

Lo novedoso hasta aquí parece ser que el discurso económico asume ambos costos como inevitables, orientando la investigación de los costos de transacción a una cuantificación o a la estimación que esta negociabilidad pueda tener en el acuerdo hasta su misma finalización. Para clarificar mejor este punto, sobre el cual versa en buena parte el tema objeto de análisis, los costos de transacción de tipo ex ante, “Son los costos de la redacción, negociación y salvaguarda de un acuerdo. Esto puede hacerse con gran cuidado, redactando un documento complejo en el que se reconozcan numerosas contingencias, y se estipulen y convengan por adelantado las adaptaciones adecuadas para las partes.”¹⁰⁷

Una de las grandes influencias que las ciencias económicas ha podido aportar al estudio de la economía de los costos de transacción, ha sido precisamente la identificación de dos tendencias en la negociación, una que propende por efectuar una detallada planeación de todos los pormenores del negocio, evitando la exclusión de puntos importantes que a la postre tengan la virtud de generar aumentos considerables en costos posteriores o a contrario sensu, otra tendencia que se caracteriza porque la negociación ex ante solo establece los puntos del acuerdo, previendo la existencia de numerosas contingencias que pueden ser superadas en fases posteriores. Una u otra técnica revela la filosofía que inspira la consolidación de una disciplina tendiente a estudiar los costos de transacción y es la incesante búsqueda de la disminución de dichos costos.

A simple vista bien parece percibirse que los problemas y los dilemas propios del intercambio, pueden reducirse apriorísticamente desde la óptica económica a una simple conjugación de técnicas de negociación en la fase contractual, pero la verdad es otra, porque esta disciplina de los costos de transacción ha venido

¹⁰⁷ *Ibíd*em pág. 30.

siendo perfeccionada hasta descubrir nuevos puntos de influencia mucho más profundos que son determinantes para entender la repercusión de los costos de transacción en el proceso económico. Se trata precisamente de estimar el poder que puede ejercer la empresa como una institución económica y el cómo su organización interna y la forma como esta influye en cualquier proceso productivo, puede condicionar la manera en que estos procesos llegan a cualquier negociación, lo cual repercutirá sensiblemente en un aumento o disminución de los posibles costos de transacción. Esto ha constituido en la teoría de la economía de los costos de transacción un verdadero hallazgo y es llegar a la convicción que los costos estudiados, pueden y especialmente en su fase ex ante llegar a ser planificados desde el mismo proceso productivo. Esto ha desencadenado una importante consecuencia económica, ya que la empresa como una institución económica del capitalismo, no será más simplemente estudiada como un ente meramente productivo, sino ahora como un ente de gobernación por su alta incidencia no solo como una institución económica, sino como un factor determinante de los costos de transacción ex ante. Resulta evidente que las empresas o las organizaciones empresariales pueden diseñar internamente en sus procesos productivos mecanismos que faciliten la negociación de sus productos planificando la disminución de futuros costos de transacción, desde luego esto es propio de las estructuras empresariales privadas que se preocupa verdaderamente en aplicar a su modelo de negocio que una disminución sustancial de los costos de transacción aumentara de manera efectiva la maximización de sus utilidades.

En un modelo de prestación de servicio público con monopolio estatal, donde la universalización es lo más importante y donde se deja de lado la eficiencia y la maximización económica como criterio la disminución de los costos de transacción desde el proceso productivo, no resulta algo que sea considerado como prioritario o esencial. En consecuencia un modelo de prestación del servicio público que no sea consciente de la necesidad de disminución de los costos de transacción se hace altamente ineficiente invocando la necesidad de un cambio institucional que incorpore las estructuras empresariales al servicio público.

De manera concluyente las estructuras empresariales privadas son más proclives a planificar la disminución de los costos de transacción para aumentar la maximización económica lo cual aumentara la eficiencia en la prestación, la disminución de costos de producción del servicio, aumento del componente tecnológico. Como consecuencia un sector productivo que ignore la importancia de los costos de transacción como factor de juego de manera inequívoca se convertirá en altamente ineficiente, ineficiencia que será trasladada a los usuarios en la forma como se prestan los servicios y en un precio alto de las tarifas. Sin duda

la introducción a los estudios relativos a los costos de transacción demuestra de manera convincente, como las estructuras empresariales privadas se adaptan más rápidamente a una dinámica de la disminución de los costos de transacción del sistema económico. La empresa privada como un ente de gobernación será mucho más eficiente a la hora de reestructurar los procesos internos y de producción que le permitan simplificar todos los procesos de negociación, a su vez la empresa privada como ya se dijo presionara los cambios institucionales que sean necesarios para disminuir los costos de transacción.

Lo anterior y específicamente en la aplicación de estos hallazgos, puede tener en el tema objeto de investigación un gran impacto que es llegar a precisar y comprender la dinámica del cambio institucional. Puede señalarse que la empresa como unidad económica, ajustara sus procesos internos de producción con el único objetivo de lograr una disminución de los costos de transacción Ex ante y ello en una teoría institucional, demostrara una evidente relación del contrato como vínculo jurídico a los procesos productivos internos de cualquier empresa. Para apreciar esto desde una óptica diferente, el contrato como institución, puede y tiene la capacidad de transformar internamente los procesos productivos de las empresas y desde luego una vez concretada esta situación, aplicar toda clase de estrategias e incentivos en la fase de negociación que prosigue como consecuencia inevitable del proceso productivo. Sin duda en este punto se hace referencia al contrato de concesión de servicio público como un mecanismo dirigido a la eliminación del oportunismo político. De esta manera un cambio institucional del contrato en mención encaminado a esta función disminuirá los costos de transacción de dos formas fundamentales: 1) generando un régimen jurídico de estabilidad que detenga las expropiaciones administrativas de costos hundidos y 2) Eliminación de costos de transacción Ex post, ocasionados en razón de las controversias que se susciten contra el Estado por violar las inversiones privadas como el arbitraje de inversión.

1.8.2 Los costos de transacción Ex post. Esta será solamente la perspectiva de los costos de transacción ex ante y su poder de determinación de los cambios institucionales, pero estos fenómenos de cambio no se agotan en este análisis preliminar, por ende los costos de transacción ex post, también juegan un papel significativo en dos direcciones o bien en la economización que es su aspecto más importante o bien como factor también determinante de los cambios institucionales. Esto ocurre de una manera muy sencilla, recordemos que los costos de transacción ex post hacen referencia concreta a los mecanismos institucionales para la solución de controversias, bien mediante la aplicación del derecho privado acompañado del uso de sistemas judiciales públicos o privados.

Desde una visión estrictamente económica se ha podido definir el campo de aparición de estos costos que con ayuda de la doctrina pueden resumirse así: “Los costos ex post de la contratación asumen varias formas. Se incluyen aquí: 1) los costos de mala adaptación en que se incurre cuando las transacciones se salen del alineamiento en relación con lo que Masahiko Aoki llama la cambiante curva contractual, 2) Los costos del regateo en que se incurre cuando se hacen esfuerzos bilaterales para corregir las malas alineaciones ex post, 3) Los costos de establecimiento y administración asociados a las estructuras de gobernación (que a menudo no son los tribunales) a los que se envían las disputas, y 4) Los costos de aseguramiento de los compromisos.”¹⁰⁸ En esa medida estos sistemas cumplirán una función vital en la cuantificación de los costos de transacción brindando certidumbre, pues no es lo mismo que las partes inmersas en la negociación tengan que verse avocadas a solucionar sus controversias en sistemas de justicia indeterminados donde se hace imposible de antemano prever los posibles efectos de las decisiones, o acudir a administradores de justicia serios que garanticen a las partes que se dará una solución efectiva y justa, sin duda esto que es un ideal ayudara de gran manera a la disminución de los costos de transacción ex post.

Tal y como lo sugiere esta visión de los costos de transacción ex post, las instituciones encargadas de la administración de justicia son una consecuencia absoluta de las partes inmersas en el proceso económico, tanto de producción como de negociación, pues ellas deben estar en la capacidad, no solo de resolver el conflicto que las partes han sometido a su consideración, también deben estar en capacidad de efectuar un reconocimiento previo de un conflicto que pueda desarrollarse potencialmente en el futuro. De suyo esta realidad que se expresa como un ideal en una función de administración de justicia en asuntos económicos, revela una situación que ayuda a comprender la dinámica de los

¹⁰⁸ *Ibidem* pág 32.

cambios institucionales, porque expone la manera como debe ser ejecutada la administración de justicia, es decir con instituciones de gobernación en capacidad no solo de resolver el conflicto de igual modo de preverlo impedirlo y atenuarlo. En consecuencia si un sistema de justicia no reúne estos parámetros, deberá dar paso a una nueva institución que logre interpretar el funcionamiento de la economía del contrato.

En conclusión la dinámica del cambio institucional se verá aquí complementada por dos situaciones influyentes: 1) La comprensión de la empresa, ya no solamente como una institución del capitalismo en función no enteramente productiva, sino también de gobernación, pues la determinación de los procesos internos, contribuye a la planificación de los procesos de negociación y de la disminución de los costos de transacción ex ante y 2) Determinación del diseño institucional, con instituciones de administración de justicia capaces de interpretar de manera correcta las inquietudes de las partes y sus controversias económicas, 3) El cambio del contrato de concesión de servicio público, dirigido a la eliminación del oportunismo político y como este cambio permite la disminución de costos de transacción especialmente aquellos que surgen como consecuencia de falta de instrumentos de regulación que impidan la intromisión política y que ponen en peligro las inversiones efectuadas.

1.9 EL PROBLEMA DE LA EFICIENCIA EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. ANÁLISIS DEL MERCADO GENERAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMOS REGULATORIOS ALTERNOS PARA GARANTIZAR SU CORRECTO FUNCIONAMIENTO.

Ahora bien y muy a pesar que se ha dedicado una buena parte de la investigación en explicar el cambio institucional de los servicios públicos domiciliarios orientado hacia la implantación de la competencia y de mercados con pluralidad de prestadores, también debe reconocerse que la creación de muchos de estos mercados competitivos resulta en muchos casos algo verdaderamente imposible muy a pesar de los adelantos tecnológicos. Esto conlleva inexorablemente a enfrentarnos ante una realidad técnica del servicio público domiciliario como es la conformación de monopolios naturales donde es imposible la libre actividad competitiva. No obstante esta situación se debe afirmar que no por ello la fuerza que motiva el cambio institucional que es la implantación del mercado competitivo resulte frustrada y es por ello que los efectos de la competencia son introducidos al mercado deficiente de los servicios públicos gracias a la regulación económica. En ese orden de ideas los efectos de la competencia como valor de cambio

institucional son introducidos al servicio público, bien porque en algunos eventos se consolidan los mercados donde ello es posible o bien por la regulación del Estado.

Por lo tanto a continuación se procederá a efectuar un análisis tendiente a aclarar desde el punto de vista económico el concepto general de eficiencia, para posteriormente estudiar el concepto de mercado eficiente e ineficiente, posteriormente se estudiara a la regulación económica del servicio público como un mecanismo alternativo para introducir por la vía normativa el efecto competitivo, lo cual confirmara que el cambio institucional por lo menos en lo que tiene que ver con el efecto competitivo se realiza o bien con la consolidación de mercados eficientes o utilizando la regulación como un medio sustitutivo.

Es importante que nos adentremos ahora en el tema de las ineficiencias, esta es una importante construcción teórica que nos ayudara a ambientar desde el punto de vista económico el problema de los mercados ineficientes, información explicativa que resulta de gran ayuda para introducirnos al tema del monopolio natural como manifestación de la ineficiencia del mercado en materia de servicios públicos domiciliarios. Como cosa común en la estricta comprensión de los temas económicos es ahora más conveniente adentrarnos inicialmente de una manera más explicativa en el problema de la eficiencia económica.

En un primer orden, la eficiencia económica es abordada prima facie desde el punto de vista de la eficiencia de los resultados y el impacto que esto trae en el crecimiento de las economías, esto ha facilitado contrastar la eficiencia de los resultados en economías de mercado como en economías comunistas planificadas, lo cual históricamente ha sido un proceso de comparación donde las economías de mercado siempre han salido victoriosas y han demostrado su capacidad de aumentar y sostener un ritmo rápido de crecimiento de la riqueza y el desarrollo. Si trasladamos estos términos de eficiencia a ejemplos muy concretos, salta a la luz que la transición China de una economía planificada a un sistema de mercado es lo que ha desencadenado consistentemente aumentar los índices de crecimiento económico y de desarrollo, esto ha facilitado desplegar el tema de la eficiencia solamente al campo de las economías de mercado y abordar este contexto como el contexto natural de la eficiencia. Esto simplifica notablemente el trabajo, pero también permite encausar el análisis a profundos debates que se han llevado a cabo en la ciencia económica y que hacen alusión al grado de perfeccionamiento de la eficiencia en una economía de mercado, o por lo menos a establecer las nociones preliminares de lo que se viene entendiendo como una economía de mercado eficiente.

Desde luego una primera reflexión que ayuda adentrarse al tema de la eficiencia puede ser planteada en los siguientes términos: “El mercado simplemente efectúa la asignación de determinado producto o por el contrario hace o efectúa una selección eficiente de la posible producción? Preguntas manejables como la anterior descansan sobre otras más difíciles, como por ejemplo ¿puede considerarse que la producción es eficiente, si es adquirida como algunas personas piensan desgastando los recursos de la tierra o causando degradación del medio ambiente? y es aún más difícil la pregunta ¿Es el sistema de mercado eficiente al hacer las personas felices o perversamente eficiente al permitir que el pueblo sea explotado por una elite.”¹⁰⁹

Si bien este puede ser el marco general de la discusión de la eficiencia en un sistema de mercado, para efectos de la presente investigación podemos señalar que el tema de nuestro real interés, se encuentra en la reflexión que se pueda desarrollar sobre el problema de la eficiencia en la forma de producir los bienes y servicios.

Ya en una aproximación preliminar en el análisis de la eficiencia con relación a la manera en que se aportan al mercado los bienes y servicios es conveniente afianzar la discusión en relación al mismo proceso productivo. Un ejemplo claro de eficiencia trasladado a este ámbito específico se refleja en las leyes de termodinámica, ya que en este campo de la ciencia, lo que se inicia es igual a lo que se termina y por ello toda transformación física resulta ser 100% eficiente. A diferencia de lo que ocurre en estas leyes de termodinámica, en los procesos productivos la rata de eficiencia generalmente no es de un 100% y puede ocurrir que la energía que entra en el proceso de transformación no se refleje en su totalidad en el producto final y sea esta liberada en cierto porcentaje al medio ambiente, lo mismo puede ocurrir con la materia prima y con los demás insumos utilizados en el proceso productivo que también son arrojados al medio ambiente. En consideración a ello la eficiencia en el proceso productivo rara vez logra obtener la rata del 100% entre la energía que entra y la energía que sale y es admisible considerar una pérdida de energía en el proceso productivo sin que necesariamente pueda hablarse por ello de ineficiencia. Así se ha mencionado que: “Eficiencia quiere decir una alta rata de calor usable y valorable y el valor del combustible puesto. No es necesariamente ineficiente usar una tonelada de entrada para producir una libra de producto y todo dependerá en cómo esa tonelada y esa libra son valoradas. Las propiedades físicas de los materiales y

¹⁰⁹ Lindblom Charles E. “The Market Sistem.” Yale University Press. Printede in the United States of America.2.001 pág 123

servicios no nos dicen nada acerca de la eficiencia.”¹¹⁰ La anterior noción de eficiencia por supuesto traslada la discusión del equilibrio energético de la entrada y la salida del proceso productivo a un orden donde se potencializa la percepción del valor de lo que entra y de lo que sale en el proceso productivo, por ello la eficiencia económica por lo menos puede ser obtenida cuando el valor de lo que sale en el proceso, es más valioso que lo que entra para efectuar la elaboración del producto.

La estimación de las variables en este proceso son simples de interpretar ya que a manera de ejemplo para fabricar botas desde su inicio ya hay valores asignados, tales como la fuerza de trabajo, los insumos, la maquinaria. En esta situación la cuantificación de los valores de entrada es una cuestión muy sencilla porque el empresario puede hacer una sumatoria de los mismos, pero su proceso productivo se puede llegar a tornar altamente ineficiente si el rendimiento de la fuerza laboral empleada es deficitario, de ahí la importancia que esta variable ostenta, por ello se hace necesario el empleo de estímulos enfocados directamente a esta variable para aumentar la valoración final de lo que va a producirse, lo mismo ocurre con la organización del proceso de producción y de la capacidad gerencial del empresario para optimizar esa actividad productiva. Ahora bien ¿de qué depende la valoración final del producto en el mercado?, Desde luego esta es una situación que apela con necesidad a la demanda que un determinado producto pueda tener en la sociedad “la sociedad puede estar manufacturando o generando un producido ineficiente, lo cual quiere decir que el producido no es valorado o grandemente valorado. Los consumidores y sus reglas prefieren tener más secadores de pelo que botas”¹¹¹

Si trasladamos esta dinámica de valoración de las entradas y de las salidas del proceso productivo al tema de los servicios públicos domiciliarios, nos encontramos que los resultados finales del proceso de producción son bienes con una altísima valoración y demanda, pues ello son vitales para el desarrollo de la vida moderna en sociedad, de ahí que en muchos casos las metas de muchos gobiernos siempre estarán dadas por el aumento de su cobertura o por el aumento de la calidad o por la prestación eficiente de los mismos. Esta elevada valoración de los servicios públicos como resultado final de un proceso industrial de producción, justifica mantener activo ese mismo proceso productivo, sin importar los altísimos costos de inversión presentes al inicio del mismo. También esta alta estimación del servicio, considerado como bien económico ha sido el que por

¹¹⁰ Ibidém pág 124

¹¹¹ Ibidém pág 124.

muchos años ha justificado las inversiones con costos hundidos con retornos de la inversión programadas al largo plazo.

De esta manera en materia de servicios públicos, la ineficiencia no puede ser percibida como una ineficiencia como tradicionalmente se plantea por cuestiones de falta de implantación de un modelo competitivo, pues debe advertirse que en el modelo de producción de los servicios públicos por ser tan altamente valoradas las inversiones acometidas inicialmente, son claramente recompensadas por los usuarios cuando se efectúa el pago del servicio, y por esta causa el valor de venta excede considerablemente al de la inversión inicial con el trascurso del tiempo. En consecuencia es precisamente esta eficiencia presente en las entradas y salidas del proceso productivo la que siempre ha determinado la forma de generar un servicio público en cuanto a la forma de desarrollar las inversiones. En ese contexto debe aclararse que lo que se ha llamado ineficiente es a la misma imposibilidad de conformación de mercados competitivos en materia de servicios públicos, lo cual dista mucho de la eficiencia productiva que se acaba de explicar y que se encuentra presente en el esquema productivo de los servicios públicos domiciliarios.

Lo cual quiere decirnos de manera indicativa que por el hecho que el mercado de un producto sea ineficiente no lo sea su proceso productivo, ya que este último puede ser altamente eficiente, al punto de lograr comprometer altas inversiones con costos hundidos, gracias a su alta valoración genera también que no sea procedente inversiones similares por parte de los posibles competidores por lo que sea denominado la duplicación antieconómica de la red.

La cuestión importante está en que la sociedad misma de acuerdo a esta valoración final del proceso productivo, es la que efectúa una asignación en relación a la importancia de la respectiva industria y esto mismo ha contribuido a que sea la misma sociedad la que asigne la posición de determinada industria en el mercado, determinando el número de empresas productivas y también asignando materia prima y fuerza laboral para emprender dichas actividades. Ello permite al unisonó precaver que la valoración de un producto por parte de la sociedad es el factor más influyente para medir su desempeño productivo dentro del mercado. En palabras del profesor Lindblom: “el escoger que es lo que se produce es un verdadero reto para cualquier sociedad, requiere escoger apropiadamente que es lo que se repone y lo que resulta en cualquier empresa y lo que la conecta como por ejemplo los granos de café a una taza de café, también requiere una selección eficiente de la empresa, como ejemplo una

compañía de transporte que se necesita en esta cadena o una compañía de seguros donde se necesite. Llamemos a esto eficiencia en la asignación.”¹¹²

De estas valoraciones ha dependido históricamente que las sociedades hayan consistentemente emprendido enormes desarrollos en la asignación de tareas productivas dentro del mercado, pero las valoraciones han fluctuado de manera considerable en la medida en que va aumentando la productividad y el desarrollo económico de las sociedades, a modo de ejemplo una sociedad pobre puede asignar eficientemente un volumen considerable en la producción de bicicletas, pero a medida que se va produciendo su desarrollo económico y gracias a nuevas valoraciones del mercado, podrá efectuar asignaciones eficientes en otros productos como las motos o los automóviles.

Si trasladamos estos postulados teóricos a la industria de los servicios públicos domiciliarios, concluiremos que en cualquier fase de expansión económica en que se encuentre una determinada sociedad, ella implementara siempre una asignación eficiente con respecto a los servicios públicos y a medida que esta sociedad progrese la asignación eficiente se efectuara en pro del mejoramiento de su calidad. Esto nos permite concluir que en los servicios públicos domiciliarios, las altas valoraciones que de ellos se efectúa continuamente por parte de la sociedad, garantizaran en todo momento una continua asignación eficiente con respecto a ellos lo que los hace aún más eficientes desde el punto de vista económico.

La asignación eficiente en los términos expuestos, es una situación económica que amerita continuas valoraciones del mercado, pero por lo general es un proceso de ensayo y error que se vale concretamente del encausamiento de la iniciativa privada que será expansiva y actuara de manera creciente en renglones económicos que responden al estímulo de la oferta, pero lo que realmente definirá la asignación eficiente, será una respuesta favorable de la demanda ante las nuevas alternativas del mercado. Este proceso de asignación eficiente implica por ende de un análisis cuantitativo y cualitativo de las posibles tendencias del mercado, que cambian a manera de preferencias dependiendo si hay contracciones o crecimientos de la economía.

Sean cual sean entonces las transformaciones que se presenten en la valoración de algunos productos en el mercado, hay algunos que independientemente al cambio que se ocasione en el comportamiento de la asignación eficiente, contarán con un alto grado de valoración, este es el caso de los servicios públicos

¹¹² Ibidém pág 125

domiciliarios. En este sentido también es importante demostrar, que sin importar las asignaciones eficientes que efectuó el mercado de acuerdo a sus leyes, los servicios públicos siempre serán una asignación eficiente. “El proceso de asignación nunca para, pero la mayoría de nosotros ni nos damos cuenta. En cualquier sociedad sin embargo el proceso de asignación puede ser fallido cuando se hacen malas selecciones y ello puede afectar a la gente, mucho más que las ineficiencias guardianas, un ejemplo claro lo constituye el soborno o las fallas de eficiencia tecnológica. La mala asignación o escogencia en productos que no pueden ser o en decisiones que no perpetúen la innovación trajo consigo el final del comunismo y el maoísmo.”¹¹³

Así mismo la valoración para la asignación eficiente es un proceso intersectorial dentro de la misma sociedad, tal concepto permite comprender que una tonelada de hierro tendrá dentro de la sociedad una valoración diferente para cada uno de los miembros, por ello la valoración o estimación que de ella se haga por un grupo de políticos, ingenieros o economistas contratados para ayudar al gobierno en estrategias de desarrollo, será completamente distinta a la que efectuó un grupo de industriales que fabriquen productos cuya materia prima principal sea el hierro. Lo importante de este concepto de valoración intersectorial, radica meritoriamente en que para todos los sectores sociales e industriales indistintamente considerados, los servicios públicos domiciliarios siguen siendo de altísima valoración conformando su importancia en la asignación eficiente de ellos, para el desarrollo económico: “Una asignación eficiente no importa quien la juzgue o la valore, requiere una asignación detallada de los participantes de cada trabajo u ocupación especializada. Científicos sociales siguen a Adam Smith y a Emilio Durkheim encontrando especialidad de roles; esto es una división del trabajo que es el origen fundamental de la eficiencia y por ello es importante indicar que la eficiencia en la especialización depende solamente a la adaptación de los deseos humanos.”¹¹⁴

Ahora tratemos el problema de la eficiencia desde una óptica diferente con respecto al problema de la asignación eficiente, por lo general las sociedades se ven enfrentadas a tener que tomar decisiones eficientes en tiempos de escasez, esto desde luego requiere una subespecialización de la producción con elecciones excluyentes y esto se da porque producir algo de una mejor manera conlleva poner menos atención y desarrollo en otras actividades. Un ejemplo de ello puede resumirse en que el aumento de personal médico para atender muy bien las emergencias, conlleva a una ostensible reducción de las reclamaciones judiciales

¹¹³ Ibidém pág 126.

¹¹⁴ Ibidém pág 126

y con ello al número de abogados requeridos en cierto momento en la sociedad. Ocurre algo similar con la especialización de actividades de carácter industrial ya que si hay más trabajo en la industria, hay menos trabajo en la agricultura y por ello “cada asignación en escasez por un determinado producto o servicio es una carga para conseguir algo de valor.”¹¹⁵

Esto nos conduce inevitablemente a ponderar que detrás de toda asignación eficiente, existe una decisión que conlleva el sacrificio de un bien económico deseado y esto en sí constituye una carga del sistema de asignaciones eficientes, pero si trasladamos el problema de las cargas en la asignación de los servicios públicos domiciliarios a todas luces nos daremos cuenta que las asignaciones resultan ser más que forzosas en algunos eventos y no son las síntesis de preferencias individuales. Así los servicios públicos, exigen un encausamiento forzado por parte de la sociedad que tiene como causa su alta valoración que precipita inequívocamente a la asignación eficiente. Esto demuestra que desde este especial punto de análisis, la eficiencia del mercado de servicio público tiene muchas maneras de medirse, y este es un caso más donde se prescinde de no denominarlos ineficientes solo porque el mercado que gira en su entorno no es competitivo.

Esto demuestra que hay renglones económicos que se mantienen incólumes en los sistemas de asignación y que son la base para tomar decisiones eficientes, incluso puede señalarse que su misma operatividad es el soporte para establecer cargas en las elecciones que los agentes económicos efectúen fruto de la observación del comportamiento del mercado. Desde este aspecto la alta valoración de los servicios públicos como producto industria, es la base económica que se necesita para tomar decisiones de asignación, recordando claramente que gracias a su existencia y permanencia en la sociedad es que se puede encauzar procesos de asignación eficiente. Para explicar mejor esta idea puede mencionarse que un buen suministro de los servicios públicos prestados con buenos estándares de calidad, permite y facilita la toma de decisiones para dirigir de manera programada cualquier proceso de asignación eficiente. En ese aspecto y como cualquier infraestructura de los servicios públicos permiten proyectar decisiones futuras en el campo de la economía, pues de su existencia dependerá que una sociedad pueda elegir entre fortalecer la producción agrícola o elegir la producción industrial. Eso quiere decir que sin su existencia previa es imposible diseñar el funcionamiento de un sistema de imposición de cargas. Desde esta perspectiva la consolidación de un sistema económico de asignación eficiente, se da porque previamente la sociedad ha hecho asignaciones eficientes

¹¹⁵ Ibidém pág 127

en renglones económicos de alta valoración (servicios públicos domiciliarios) y esto puede tener un gran significado, ya que si se observa con detenimiento las decisiones económicas acertadas se construyen sobre secuencias previas de asignaciones eficientes. Para mantener el fluido funcionamiento de este sistema de decisiones económicas acertadas, es vital que las valoraciones sobre lo que se produce y su aceptación en el mercado sean también altamente convenientes y acertadas, esto porque una asignación eficiente implica como se señaló abstenerse de ejecutar otras alternativas válidas pero menos convenientes o eficientes. En últimas es una reflexión acerca de privarse de tomar decisiones económicas que aunque buenas exigen de invertir los recursos en sitios donde van hacer mucho más rentables, de esta forma la carga que se impone por no efectuar esta elección, es la que brinda la posibilidad al empresario de invertir en sitios o renglones que van a asegurar su rentabilidad y donde se asigna más eficientemente el capital de inversión. Esto hace posible concluir que el crecimiento y la maximización económica dependen de la capacidad de proyectar y desarrollar decisiones eficientes, pero también de elegir las privaciones en la inversión, de ello se sigue lo siguiente: “La eficiencia en la asignación requiere que las decisiones a realizarse se basen en información de las cargas. Sin esa información las decisiones serían totalmente ineficientes o irracionales.”¹¹⁶

En suma para todas las asignaciones donde se entra en un proceso de determinación de su valor “nuevamente podemos evaluar las cargas diferentemente y como ciudadanos nuestras evaluaciones deben ser diferentes a las del Estado, pero la justificación acerca de la eficiencia requiere una evaluación de lo que se recibe contra la evaluación de lo que se da y de lo que se tiene que dar depende de que opciones están abiertas.”¹¹⁷ De esta manera la teoría económica ha equiparado consistentemente el concepto de carga al concepto de costo y esto simplemente hace trascender la visión tradicional del costo, que estuvo asociada directamente a su cuantificación monetaria hoy superada porque se ha estimado que el costo es el resultado de tomar la decisión o asignación más eficiente, lógicamente la decisión o asignación más eficiente por lo general es la que trae consigo la maximización económica, pero lo cierto es que el concepto de costo implica necesariamente una valoración de la decisión más eficiente para encausar la inversión o en su defecto de la valoración que se efectuó, de acuerdo a la información disponible de los posibles sacrificios económicos que impone la necesidad de hacer inversiones en renglones que no son tan eficientes. (carga). “La eficiencia requiere un valor mayor recibido de un costo dado o un costo menor de un valor recibido. En pocas palabras eficiencia quiere decir decisiones de

¹¹⁶ Ibidém pág 128

¹¹⁷ Ibidém pág 128.

menor costo, si las asignaciones son eficientes y tienen que ser pesadas y si son beneficiosas para toda la sociedad las cargas imponibles nunca tendrán el mismo peso.”¹¹⁸

De manera intrínseca toda valoración en si misma apela a un examen de costo beneficio que siempre será algo extremadamente difícil, en el caso de los automóviles por ejemplo el examen del costo beneficio es estimado por los beneficios que ellos aportan a sus dueños contra el costo de todas las vidas que cobran los accidentes de automóviles en un determinado periodo y los argumentos en este caso serán dirigidos a justificar que los beneficios justifican las perdidas, “pero los requerimientos para la eficiencia son valores inescapables, valores o beneficios que van a ser recibidos deben ser comparados con las cargas, costos y valores pesados.”¹¹⁹

El problema del costo en la asignación eficiente se reduce a un problema de información, pero en esencia a un problema de información acerca del mismo costo, por ello nadie estaría en capacidad de efectuar una inversión cuantificable en dinero sin estimar racionalmente el precio del producto. En estos términos una asignación eficiente suele estimarse por la capacidad de reunir información del costo y fruto de ello debe efectuarse racionalmente la eficiencia de la asignación “tú no te atreverías a aceptar un teléfono celular que quieres sino tienes conocimiento de que debes entregar a cambio para recibir este. Un empresario no puede decidir acerca del tamaño de la fuerza laboral de su empresa sino se tiene información de lo que se tiene que entregar a cambio.”¹²⁰

Esta reflexión en torno al costo puede decirse que es una cuestión recurrente de retroalimentación de información dentro del proceso productivo, en ello se encuentra la búsqueda de la eficiencia o de la asignación eficiente, pero decisiones acertadas, menos costosas y que reporten mejores beneficios no es el único problema que puede adjudicarse como objeto de estudio a la eficiencia. En este sentido es claro que el objetivo económico se puntualiza en no cometer errores de información para producir el mayor número de asignaciones eficientes, pero una vez que se ha llegado a concluir que se está en presencia de estas acertadas eficiencias, la preocupación acerca de ello se desplaza acerca del interrogante de cuanto producir de cada cosa.

¹¹⁸ Ibidém pág 128.

¹¹⁹ Ibidém pág 129

¹²⁰ Ibidém pag 129

En este caso un exceso de producción puede convertirse en una pérdida ineficiente para el productor o empresario que no logra interpretar la dinámica de los mercados, pero al mismo tiempo esta falta de lectura del mercado lo lleva a tener pérdidas, por el lado contrario una producción deficiente en relación a la demanda, puede precisar un desabastecimiento que puede calificar al sistema económico como algo absolutamente ineficiente para satisfacer las necesidades sociales, uno y otro evento pueden tener repercusiones inminentes para futuras asignaciones eficientes.

De este modo cada asignación eficiente tiene consecuencias económicas favorables, sus efectos al corto, mediano y largo plazo se verán reflejados en un efecto expansivo de la economía, en un crecimiento económico, esto nos conduce a retomar los procesos económicos de base, ya que una sumatoria de asignaciones eficientes tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo aumentaran el valor de los productos que se generan en los sectores estratégicos. A modo de explicación las asignaciones eficientes generan más negocios y mayores crecimientos en los sectores que han sido bien elegidos, lo que aumenta la valoración de los productos industriales generados en los servicios públicos, lo que compromete un aumento correlativo de la producción de servicios públicos. Eso quiere decir que las asignaciones eficientes que se hicieron depender de ellos, retornan los beneficios de la cadena productiva a los sectores económicos de base que permitieron ampliar las opciones para efectuar valoraciones informativas acerca de la decisión más eficiente en cuanto a su valor económico. En este clima de discusión el ideal de la eficiencia económica se presenta como una combinación entre asignaciones eficientes y una producción conforme a los requerimientos de la sociedad. La sociedad pues debe esforzarse entonces por obtener la combinación de estas dos variables económicas para aumentar su desarrollo y crecimiento.

En conclusión la reflexión que surge en este momento puede conducirnos a considerar que lo que prima facie se estimó como un mercado ineficiente, tan solo por que se encontraba restringida la competencia como en el caso de los servicios públicos domiciliarios, resulta ser en otros sentidos altamente eficiente por su alto grado de valoración dentro de la sociedad y gracias a este alto grado de valoración es que sobre la base de su misma existencia se pueden generar nuevas opciones para que sea la misma sociedad la que efectúe nuevas asignaciones eficientes, de esta forma gracias a la nueva orientación teórica se ha reencausado el concepto de eficiencia aplicable al campo de los servicios públicos domiciliarios, fortaleciendo el contenido del concepto no precisamente a la comprensión que un mercado es eficiente cuando se logra establecer la plena competencia entre operadores del servicio, sino que puede considerarse eficiente

gracias al alto grado de valoración del producido industrial de la actividad (agua, energía, gas).

Ahora para proseguir es importante señalar que gracias a los trabajos efectuados por Charles E Lindblom, se desarrolló un enfoque muy particular de eficiencia en una economía de libre mercado, pero lo más importante es que esta visión particular del valor nos ayudó a entender, que muy a pesar que un determinado bien o servicio no se pueda ofrecer de forma competitiva en el mercado, no por ello esto quiere decir que su desarrollo económico como servicio no pueda ser efectuado en la sociedad, tal y como se vio esto se justifica por el alto grado de valoración de los bienes que esta industria en específico produce, y por su enorme importancia como punto de partida para efectuar asignaciones eficientes que propenden a su vez por el desarrollo económico.

Como dijimos esto es precisamente lo que ocurre con la industria del servicio público, que es un modelo productivo que para muchos es considerado ineficiente por la imposibilidad de entrar a establecer mercados competitivos, pero a su vez altamente eficiente para engendrar de forma consecuente un proceso de futuras asignaciones eficientes dado su inmenso valor para la sociedad como producto industrial, de esta manera y retomando los postulados teóricos formulados por Charles E Lindblom, la prestación de muchos servicios públicos domiciliarios a manera de monopolio es la carga o el costo que se debe pagar para que el sistema económico reciba mayores ventajas productivas, desde esta perspectiva los monopolios de servicios públicos, pueden ser vistos como un mal necesario, donde su alta valoración como un producto o servicio para la sociedad como manifestación de eficiencia, compensa las ineficiencias resultantes de no poderse suministrar conforme a un modelo competitivo.

Por ahora es necesario proseguir en un estudio acerca de la ineficiencia que se presenta en cuanto a la imposibilidad que surge de efectuar su suministro a la sociedad prescindiendo del esquema competitivo, al mismo tiempo que estimamos una valoración de esta elección al considerarla como una carga necesaria que posibilita en la sociedad tener una capacidad futura para efectuar asignaciones eficientes.

En ese orden de ideas y como ha podido apreciarse, una economía de mercado es insistente en posicionar a la competitividad como un valor necesario para lograr la eficiencia económica, estas consideraciones y esa exaltación de la competitividad como valor esencial del sistema económico, ha llevado a postular definiciones acertadas de lo que se puede entender por eficiencia, así por ejemplo se ha sostenido que: “ La teoría económica propone que cuando una industria es

perfectamente competitiva, generara una asignación de eficiencia de los recursos de una sociedad que se ponen al mayor valor de uso. La competitividad perfecta existe cuando un número de firmas que están vendiendo una mercancía homogénea que tiene un amplio volumen del mercado, de tal manera que cada compañía individualmente considerada comparte el mercado y la participación de cada compañía en ese mercado se ha hecho tan pequeña, que una sola firma o compañía no es capaz de influenciar apreciablemente el precio de esa mercancía solo por cambiar o variar la cantidad de producto que vende.”¹²¹

La anterior definición de eficiencia con respecto al mercado propone la existencia de un mismo mercado de varias compañías, pero la participación en el mercado de cada una de ellas ha podido efectuarse de una manera equitativa, probablemente gracias a una efectiva injerencia de las leyes del mercado. Así la eficiencia se hace patente entre mayor participantes existan en ese mercado y esto nos conduce también a proponer que un mercado no solo será eficiente por el mayor número de participantes que en el desarrollen su actividad económica, sino también por la capacidad de crecimiento y expansión que tenga ese mercado para poder contener al mayor número de competidores posibles.

En consecuencia como ya fue objeto de explicación, este mayor grado de concurrencia y la interacción de estos actores del mercado en periodos prolongados, lograrán también con eficiencia que se lleguen a obtener los costos marginales de ese mercado, es decir el mínimo costo aceptable para las empresas productoras que es capaz de satisfacer el porcentaje de utilidad de los empresarios y el retorno de los costos de producción e inversión. En palabras de la propia doctrina: “cada compañía producirá al nivel de unas ganancias marginales de producción el precio pagado por los compradores hasta la última unidad que se vende en este punto es igual al costo marginal (el costo de esa compañía que produce esa unidad), cada consumidor demandara obtener la mercancía al punto del valor marginal de la mercancía que es igual al precio del mercado.

Esto es lo que se ha denominado un equilibrio competitivo, cuando el precio que hay que pagar por el producto por parte del consumidor, es el precio mínimo aceptable económicamente y es por esta razón, que ese precio en ese estado competitivo ha logrado reflejar el valor marginal de producir esa mercancía “esto quiere decir que en un equilibrio competitivo el valor marginal dado al consumidor será igual al costo marginal de producir esa mercancía en ausencia de factores

¹²¹ Ogus Anthony I. Regulation legal form and Economic Theory. Oxford University press.1.994 pág 22.

externos. El beneficio marginal social y el costo social marginal de producir esa mercancía son iguales obteniendo una eficiencia que es social.”¹²²

Claramente se percibe que ante un mercado que funcione en esas perfectas condiciones de eficiencia económica, esta eficiencia se convierte en el principal regulador del mercado y es el mejor ejemplo que se puede dar de autorregulación o confirmación de la necesidad de no injerencia estatal en el mercado, concepto hoy altamente cuestionable. En síntesis ante este grado eficiente de operación de los mercados, la autorregulación es un resultado que se aprecia ante los estímulos competitivos o ante las variaciones de los precios de los productos. “Así por ejemplo si una compañía trata de vender el producto a un precio mayor del costo perderá ventas con otras compañías, a la larga la libertad que se le da a cada compañía de entrar en la industria lo que producirá en su punto más bajo la curva de la rata de producción, por esta razón se dice que la competitividad perfecta lleva a una eficiencia de producción la cual maximiza la producción relativa a los costos de producirla.”¹²³

Lo verdaderamente perdurable estará en que el efecto competitivo es capaz de condicionar los costos de la producción y ajustarlos sobre los niveles marginales de la utilidad, como ha quedado visto esta es una eficiencia que se aplica ponderadamente a la asignación de costos del proceso productivo, pero no es el único caso para valorar la eficiencia económica, sin embargo si lo es para definir dos estrategias fundamentales: i) La primera es el análisis de si determinado producto puede ser suministrado a la sociedad bajo el influjo regulador del efecto competitivo o si por el contrario, la competencia no aplica como sistema de suministro a la sociedad y como sistema de autocontrol del costo y ii) En este caso, es decir en mercados carentes de las fuerzas reguladoras de la competencia, procede entonces una regulación ejercida directamente por el poder del Estado para controlar el precio del producto en el monopolio.

Para contestar a estos puntos problemáticos de la eficiencia del mercado por ausencia competitiva, en relación al mercado de los servicios públicos como medio de control de los precios trasladados a los usuarios, se hace necesario seguir agotando algunos puntos más acerca de la regulación de la eficiencia competitiva, frente a la dinámica de los mercados y para estos efectos ahora es menester analizar acerca del otro extremo, es decir mercados que carecen del influjo competitivo como medio de regulación tanto de los costos de producción como del precio final ofrecido a los usuarios o consumidores o como lo advierte la doctrina

¹²² Ibidém pág 22

¹²³ Ibidém pág 22

científica: “En el otro extremo de la competitividad perfecta es el monopolio en donde una compañía monopolística que es un único productor de una mercancía, es capaz de determinar ambas variables, tanto cantidad producida como el precio al cual se venderá, comportándose desde el punto de vista económica de manera diferente a una compañía competitiva, pues la compañía monopolística maximizaras ganancias vendiendo a un precio mayor que el costo marginal de producir cierto número relevante de unidades de una mercancía.”¹²⁴

En este otro extremo y en ciertos monopolios, se cree que esta privación de la fuerza competitiva tendrá efectos nocivos en el volumen de producción disminuyéndola, pero hay casos como el monopolio de servicios públicos domiciliarios, donde la necesidad de efectuar este consumo muchas veces resulta irrelevante ante incrementos no muy significativos del precio, lo que en ultimas puede no disminuir los índices de producción, lo que en cierto rango haría de alguna manera tolerable la ausencia de competencia como forma de suministro. Pero pese a ello si hay un efecto que en el monopolio de servicios públicos resulta en verdad intolerable para la sociedad, y es la ineficiencia que se presenta en la fijación de los costos productivos, o en definitiva la ausencia de mecanismos económicos idóneos que lleven a la asignación de costos marginales. Esto representa un riesgo social porque los precios que se ofrecen al consumidor final carecen de eficiencia económica, lo cual entraña una necesidad en cabeza de la sociedad de solucionar ese problema de ineficiencia del precio.

Para ello es más que necesario que en mercados que estén desprovistos del estímulo competitivo como sistema de control y de asignación del precio eficiente, se recurra de manera obligatoria a mecanismos regulatorios alternos que hagan posible a la sociedad gozar de precios eficientes conforme a los costos marginales. En palabras de la doctrina estas ineficiencias pueden sintetizarse así: “Los compradores potenciales usarían dinero que gastarían en una mercancía monopolizada y de cierta manera les daría menos satisfacción, esto con frecuencia se llama la pérdida de peso muerto del monopolio. También la ausencia de competitividad, dejaría sin incentivos a la compañía para minimizar los costos de producción, generando una productividad ineficiente.”¹²⁵ En esencia y una vez vistas las inconveniencias del monopolio, el siguiente punto de análisis será la forma de proceder de la regulación. Frente a ello la doctrina ha ilustrado lo siguiente: “Aquí no podemos explicar esta compleja pregunta ¿a qué grado de imperfección debe ser controlado el mercado y porque medios?, Para los efectos es importante anotar que hay instrumentos legales privados para aumentar la

¹²⁴ Ibidém pág 23

¹²⁵ Ibidém pág 23.

competitividad por ejemplo contratos que restringen el comercio dando lugar a derechos de ley de agravios a terceras partes que sufren pérdidas como resultado de prácticas anticompetitivas, aun así en la mayoría de sistemas legales, estos sistemas son ensombrecidos por ciertos mecanismos regulatorios, que han sido reconocidos como necesarios dadas las dificultades y ausencias legales para implementarlos.

La verdad de todo esto se encuentra en el reconocimiento que se debe efectuar, que una vez se adopta la decisión fruto de la intervención de un mercado de efectuar un suministro de un servicio en forma de monopolio, los efectos de ello se concentran en desplegar los mecanismos de intervención del Estado, en este caso a través de las variadas formas de regulación.

Estas medidas por supuesto restrictivas de las anomalías del monopolio, están fundadas todas para emprender la búsqueda de la eficiencia en la asignación y en inducir el proceso de producción o simplemente de asignación de precios en el mercado como una actividad en si misma que busca comprometer el bienestar social. Si bien muchos sostienen que este bienestar social se logra por medio del efecto competitivo, por lo menos en lo que se refiere a la asignación eficiente de los costos y en el control o asignación de los volúmenes de producción, también hay que comprometerse en la búsqueda de este objetivo social cuando se está en presencia de un monopolio. En ese caso y ante el hecho que sea una sola empresa la que tiene la capacidad de fijar ineficientemente los costos, los objetivos en la regulación deben cumplirse ante una necesidad apremiante de intervenir el mercado ineficiente, estas medidas tienen que estar orientadas también en la búsqueda del bienestar económico.

Estos mecanismos alternativos de valoración de la medida regulatoria, pueden responder en muchos casos a la frecuente utilización del test de Pareto para corroborar la funcionalidad práctica de la medida de regulación, de este modo se ha comentado que: “El concepto de eficiencia de asignación, que es en sí mismo problemático como un objetivo normativo para el bienestar económico, propone en primer lugar que no hay un acuerdo general entre los economistas en la prueba que se aplica a la discusión, hasta ahora hemos implícitamente adoptado el test de Pareto que sostiene que los recursos son asignados de manera eficiente, cuando se logra el mayor grado de bienestar individual sin sacrificar los intereses de bienestar del otro. Para ponerlo de otra manera un mejoramiento Pareto al bienestar ocurre cuando al menos un individuo gana y nadie pierde.”¹²⁶

¹²⁶ Ibidem pág 24

Desde el punto de vista transaccional y en especial en el contrato, un mejoramiento pareto puede hacerse evidente cuando las partes inmersas en el reciben o perciben ambas una ganancia como balance general. Las consecuencias son percibidas inmediatamente, pues la elección de no someter el suministro de un servicio de manera competitiva a la sociedad, sino mediante formas monopólicas como ocurre en el contexto general de los servicios públicos, ha incitado a que las medidas de carácter regulatorio tengan una finalidad orientada a que en la asignación de los recursos se obtenga el mayor grado de bienestar posible, sin ocasionar perjuicios colaterales a miembros de la sociedad. Las implicaciones de este tipo de decisiones son enormes, todas desde luego en un análisis justificado de los nuevos efectos de la regulación como medio sustitutivo de los mecanismos competitivos. En ese orden de ideas se propone una interpretación correcta de las circunstancias económicas, esto en buena forma porque al conocer que la causa que genera que un mercado no sea competitivo (porque una sola empresa puede alterar en el área donde realiza su suministro productivo la asignación del costo de producción y el volumen de producción por ella misma), ocasiona el desencadenamiento de consecuencias regulatorias importantes. De esta manera se produce el acercamiento para tratar de solucionar dos problemas mayúsculos i) El monopolio como medio de asignación de bienes y servicios a la sociedad, es una asignación eficiente que se da cuando se ponderan como mayores los beneficios que los costos de implementar ese sistema como medio de provisión a la sociedad. ii) Una vez que se entiende que esta decisión en sí misma es una asignación eficiente, ella trata de volverse más eficiente cuando se asignan medidas regulatorias inspiradas en el test de pareto, para buscar que la ausencia de competitividad, sea suplida por medios alternativos que garantizan el mayor grado de bienestar.

Ahora, y ya profundizando sobre los beneficios prácticos del test de pareto, él presenta consecuencias muy predecibles, que como se expuso son elevadas a expandir los efectos benéficos de las medidas, pero lo más importante y tal vez esto es lo que define su existencia, es evitar la causación de perjuicios, si bien a un nivel macro considerando a la población como destinataria de la medida, como también a grupos específicos de personas son en parte medidas tendientes a la eliminación de perjuicios, que han servido y han sido muy útiles en el diseño de políticas públicas que buscan ante todo si bien la extensión del beneficio público están más orientadas a hacer el bien evitando el daño. El test de pareto visto desde esta particularidad operativa funciona de manera formidable previniendo la generación en las actuaciones administrativas, pero en especial es un instrumento muy útil en la toma de la mejor elección. Es preciso en este caso mencionar que esta actitud de prevención ha extendido inicialmente sus efectos beneficios en el campo de la regulación económica, pero dada su efectividad poco a poco se han

aprovechado sus beneficios para ser instrumentalizados en el campo de la decisión administrativa, especialmente en lo que concierne a la formulación, desarrollo e implementación de políticas públicas.

Pese a esta eficiencia en la prevención del daño que el test de Pareto reporta, también es muy probable que tanto en el campo de la regulación económica, como en la formulación de políticas públicas a pesar de generar beneficios comprobados, también se causen daños o perjuicios generales o específicos, ya que: “Es casi imposible concebir una reforma la cual no engendre por lo menos un perdedor. Es por esta razón que muchos economistas tienden a adoptar el criterio alternativo de Kaldor Hicks. Este estipula como eficiente una política que resulta en suficientes beneficios para aquellos que ganan que potencialmente estos ganadores, pueden compensar completamente a todos los perdedores y aun tener ganancias.”¹²⁷

Esto demostró que muchas veces y en algunos casos las decisiones políticas, administrativas o regulatorias que lograban evitar perdedores, impedían que se tomaran decisiones que en sí contenían un mayor o más alto grado de eficiencia porque lograban maximizar mucho más los beneficios y las utilidades, y sin embargo su alto grado de eficiencia se comprueba en la capacidad atribuible a los ganadores de indemnizar los perjuicios generados a los que resultan sacrificados. La eficiencia del test Kaldor Hicks, radica entonces en varios aspectos fundamentales: i) logra la perpetuación de decisiones económicamente más eficientes que no se hubieran tomado si se toma el criterio del test de Pareto de producir una eliminación absoluta de los perjudicados. ii) El éxito de la medida y el uso de los mayores beneficios, también son trasladados para compensar con justicia a los sacrificados con la medida. iii) La eficiencia de la medida tiene que ser tan considerable que aun compensando a los agraviados los beneficios obtenidos sigan siendo tan meritorios como para seguir maximizando cuantitativamente a los ganadores. iv) la ganancia de quienes ganan debe también tener plena identidad con el interés general, es decir que la maximización de los beneficios sea capaz de extender en el mayor grado posible a los miembros de una sociedad. A todas luces el test de Kaldor Hicks, está siempre inmerso un análisis económico del costo beneficio.

Para ejemplificar la utilidad de un test de esta naturaleza, podría pensarse que aplicando sus grandes bondades al caso Colombiano y aunque este no es tema de nuestra investigación, sería un ejercicio práctico muy interesante hacer uso de él para contrarrestar los perjuicios generados a las empresas a las que con su

¹²⁷ Ibidem pág 24.

misma quiebra se han visto severamente afectadas por la suscripción de tratados de libre comercio por parte del Estado Colombiano, cuestión que resulta viable si se demuestra que los beneficios aportados a los que se han beneficiado con la medida, logran aun aportarles utilidad después de que en conjunto se compense a quienes han perdido recibiendo el perjuicio económico. Lo Mismo ocurre el caso del sistema integrado de transporte del distrito capital que monopolizó la prestación del servicio de pasajeros en la ciudad de Bogotá, resultando aquí muy importante el test Kaldor Hicks para reparar a los empresarios del transporte que fueron privados del ejercicio lícito de una actividad económica.

Si bien se ha efectuado todo un análisis cuyas consideraciones principales se basan en por qué se presentan los monopolios y cuáles son las razones que conducen a una prestación del servicio público bajo estos parámetros especiales, también se ha efectuado un análisis que se basa en definir las consecuencias del mercado monopolístico, como lo es la entrada en operación de la regulación como mecanismo alternativo de asignación de costos. En este sentido se contemplaron algunos test, como el test de Pareto o el test de Kaldor Hicks, dentro de los cuales se pudo encontrar varias técnicas para minimizar los efectos anómalos de la ineficiencia de los mercados carentes de competencia. Ahora es muy importante continuar el análisis basado ya en aspectos puntuales de la regulación, que como el control de precios se han constituido en verdaderas técnicas que surgen como resultado de tener que efectuar un suministro de los servicios públicos en plena ausencia de los estímulos competitivos.

En ese contexto la historia que habla detenidamente del desarrollo de las técnicas de regulación, pero especialmente del control de precios pudo apreciarse de manera consistente desde la llegada del gobierno de Margaret Thatcher en Inglaterra, allí en este gobierno la nota predominante que marca el desarrollo de la regulación en materia de servicios públicos domiciliarios fue precisamente “que a la mayoría de empresas de servicios públicos se les permitió retener ese poder monopolístico y las nuevas estructuras regulatorias tuvieron que ser usadas para detener ese poder.”¹²⁸ Puede observarse que por más cambios que se desarrollen en cuanto a la naturaleza pública o privada sobre la cual se ejerza la prestación de los servicios públicos, indistintamente existirá siempre un problema común y único que es la existencia inevitable del monopolio, ante estos especiales pormenores de la prestación de los servicios públicos, todas las esperanzas en diseñar un sistema eficiente tanto para los usuarios desde el punto de vista de la calidad del servicio como en la asignación eficiente de los costos se traslada al grado de desarrollo que se pueda emprender de las técnicas de regulación del control de

¹²⁸ Ogus Anthony I. Regulation legal form and economic theory. Oxford University press. 1.994 pág 305.

precios, En este sentido es muy importante aclarar que el avance de esta técnica, pero en especial su éxito, se puede medir cuando se pueda equiparar sus resultados con los resultados que logra el incentivo competitivo en un mercado eficiente.

De esta manera la eficiencia que se logra gracias al efecto competitivo en muchos mercados, en materia de servicios públicos, lo constituye el grado de desarrollo de mecanismos alternativos que como la regulación nos permite equiparar al monopolio con mercados también competitivos. Desde esta visión el efecto competitivo resulta de una gran utilidad pues se ha constituido en el más alto parámetro de comparación para lograr la eficiencia en sectores de la economía con una tendencia fuerte a la conformación de monopolios.

Una vez que se ha efectuado esta reflexión, el siguiente paso de la exposición consiste en profundizar en el tema de control de precios, para ello uno de los más importantes avances se registra haciendo una “obligatoria referencia a la experiencia americana de regulación de precios. Con una visión de interés público los precios que se asignaban para las formas monopolísticas por los reguladores, apuntaban a inducir una asignación y eficiencia productiva, más específicamente la industria debía obtener la demanda para sus productos a un costo mínimo, con los consumidores pagando un precio promedio por consumidor que no era más alto que el costo de producirlo y los precios debían o deben ser sensibles a los cambios en las condiciones de demanda y de suministro, así se crearon incentivos para un consumo eficiente.”¹²⁹

Como hemos visto detalladamente esta asignación eficiente se traduce en ubicar sistemáticamente los costos marginales que hacen posible la recuperación de la inversión y el derecho a una utilidad razonable. Se puntualiza de esta manera que el mercado competitivo no regulado al efectuar la asignación eficiente de estos costos “Deben ser o se debe poner un precio suficiente para cubrir los costos incluyendo lo que se invierte y la competencia asegurara que estos costos sean minimizados y las ganancias excesivas eliminadas. Por supuesto siempre hay una incertidumbre en las futuras condiciones de suministro y demanda, como también las decisiones que se han tomado con información variable sobre la demanda del mercado en momentos o tiempos de suministro, y cambios de demanda que generan ganancias que son el ideal para una ganancia competitiva.”¹³⁰

¹²⁹ Ibidém pág 305.

¹³⁰ Ibidém pág 306.

De hecho las variaciones en los consumos es uno de los factores más importantes a tener en cuenta para efectuar una regulación eficiente, ya que en un mercado competitivo normal los aumentos de la demanda generalmente pueden obedecer a una estrategia de reducción del precio por parte de un competidor en un juego competitivo, lo que casi siempre facilita el ajuste de precios de todo el mercado de los demás competidores como una reacción a las estrategias propuestas por uno de ellos.

Pero en un contexto o ambiente de regulación, donde las medidas de control de precios son provocadas por una agencia de manera artificial, es probable que la adopción de una medida administrativa logre la disminución y ajuste de las ganancias excesivas, por supuesto con una estrategia artificial de reducción de los precios pagados por los usuarios. Contrario sensu es probable que sin estímulos o medidas generadas por la autoridad regulatoria se presenten en el mercado aumentos o contracciones en la demanda que logren variar la utilidad en un tiempo determinado, pero esta es una situación que se presenta con mayor espontaneidad en mercados competitivos, como se señaló allí las dinámicas en la obtención de información se constituyen en estrategias válidas para proyectar el comportamiento del precio de un producto en el mercado: "Tales resultados son efectos de suerte donde eventos externos que no se esperan o perciben son responsables de los cambios y parte del resultado se debe a decisiones astutas de algunas firmas usando la información limitada que existe de otras firmas. La capacidad de algunas firmas de obtener más ganancias provee un incentivo alto para tomar decisiones astutas, en cualquier caso las ventajas no siempre perduraran porque otras firmas se ajustaran a los cambios en variadas circunstancias."¹³¹

En consideración a ello la función de regulación de mercados no competitivos alcanzara su más alto nivel de perfeccionamiento, en la medida en que logre hacer funcionar el mercado regulado de la misma manera en que funciona un mercado competitivo. Esta será entonces la consecuencia más notable de efectuar un suministro de un determinado servicio en forma de monopolio, pues inmediatamente se producirá la activación de la función regulatoria para contrarrestar con efectividad las anomalías de un mercado deficiente. Si partimos por lo tanto de aceptar esta posición, debe igualmente aceptarse que una medida regulatoria bien enfocada, parte siempre de un detallada observación de las medidas naturales que provee el mercado competitivo para efectuar un ajuste de precios y consecuentemente replicar estos efectos de manera provocada en mercados monopólicos. De esta manera: "El sistema regulatorio se puede mirar

¹³¹ Ibidém pág 306

como un contrato a largo plazo entre la agencia regulatoria y la firma monopolística, donde una y otra se ponen de acuerdo para encontrar o captar las necesidades de los consumidores a un costo mínimo, pero la agencia debe autorizar siempre el cobro de un precio suficiente para cubrir los costos en que la firma incurre. El objetivo de este contrato de regulación se encuentra en que el mercado regulado funcione como un espejo de lo que hubiere ocurrido en un mercado competitivo no regulado.”¹³²

Si se hace una comparación directa en relación al funcionamiento de mercados competitivos no regulados, las estrategias tendientes a aumentar una más amplia participación en el mercado, generalmente se basan en movimientos internos de pura administración empresarial y que pueden apostar generalmente al incremento de los niveles de innovación con aumentos significativos o no de inversión tecnológica o consecuentemente, en estrategias de reducción de costos de materias primas o aumentos de la calidad. Lo cierto es que las estrategias a emplear por los agentes del mercado para lograr un mejor posicionamiento son amplias, e incluso pueden ser el resultado de la combinación simultánea de muchas opciones. Toda esta implementación de estrategias hacen que los agentes del mercado se encuentren en una constante política de evolución, pero también en una constante política de ajuste para adaptarse a las medidas de mejoramiento de los demás competidores, en este sentido el buen manejo de la información consiste en precisar y ampliar para si las alternativas que hacen posible adoptar decisiones contingentes más eficientes.

Pero en mercados monopólicos y ante la ausencia del estímulo competitivo que es el que acelera el uso de cambios y adaptaciones en el nivel interno de las empresas, las agencias reguladoras tienen la obligación de efectuar una continua observación de la información, especialmente aquella que verifica el comportamiento del mercado monopólico en relación a los precios, esto porque la primera orientación de la medida regulatoria es la eliminación de la ganancia excesiva. No obstante la función de regulación no se puede agotar en este objetivo y ya que si su principal aliciente es replicar artificialmente las condiciones de funcionamiento de un mercado competitivo, una labor regulatoria destacada debe velar también por la reducción de costos de los procesos productivos de las firmas monopolísticas.

Ambas funciones de regulación se harán mucho más eficientes y oportunas en la medida que la agencia reguladora sea capaz de obtener el más alto nivel de información veraz de la firma monopólica regulada, primero para determinar la

¹³² Ibidém pág 306.

cuantía de los costos de producción controlando la ganancia excesiva que puede ser en teoría una labor sencilla. Pero la reducción de los costos de producción impone que la agencia reguladora conozca información con carácter privilegiado de la empresa, pero por sobre todo conozca desde el punto de vista económico las posibles opciones que se encuentran a disposición de la firma monopolística para emprender la reducción de costos. En tal sentido la medida regulatoria aquí aparece como un incentivo a la firma monopolística para que inicie procesos de ajuste al nivel de la producción que le ayuden a la reducción de costos, a modo de ejemplo el regulador ante la aptitud pasiva de la firma, puede ordenar un incremento tarifario y condicionarlo a la incorporación de nuevas tecnologías en el corto, mediano o largo plazo.

Como se puede observar el acceso a la información es algo fundamental en el proceso de asignación de elecciones eficientes por parte del regulador, quien es el que tiene la responsabilidad de reproducir en un monopolio las condiciones del mercado. En general el primer paso para hacer eficiente un mercado que no lo es, es obtener la correcta información, pero: “La agencia tiene acceso limitado a la información que se refiere a las actividades de esa firma. La agencia no siempre será puesta en un lugar privilegiado para realizar decisiones en lo que se refiere a los costos en que incurre la firma, si fueron razonables y por consiguiente cubiertas por el precio que se asigna.”¹³³

Pero la asignación del precio de ganancia por parte del regulador no es una labor sencilla, ya se mencionaron las dificultades que se pueden presentar en cuanto a la obtención de información, esto desde luego es una labor muy delicada que impone un gran esfuerzo institucional y que no se trata simplemente que los costos que se impongan a la labor productiva reflejen la eficiencia de un mercado que no lo es en cuanto a la asignación de precios. O tampoco simplemente se trata de dirigir la labor de regulación a emprender una labor de reducción de costos productivos. Se trata precisamente que la combinación de estos objetivos se desarrolle de la mejor manera al punto que el mercado regulado se torne atractivo para los inversionistas que en él quieren ejercer su desempeño, de esta manera se muestra claro que: “Otra dificultad para determinar el precio de ganancia para una firma de servicios públicos, se encuentra en establecer si el precio es suficiente para atraer a los inversionistas. Por ello si la agencia gubernamental es solamente exitosa en asignar precios que solamente sean eficientes para recuperar los costos, esto eliminaría los incentivos para tornar el sector regulado en algo que sea interesante para efectuar futuras inversiones, mas si se tiene en cuenta que estos incentivos se ofrecen continuamente en mercados

¹³³ Ibidém pág 307

competitivos no regulados y frente a ellos es muy normal que las agencias reguladoras en mercados intervenidos no permitan a las firmas monopolísticas obtener ganancias mayores que las normales.”¹³⁴

Desde este punto de vista y más si se tiene en cuenta que el mercado regulado debe ser una réplica en relación a la forma en que se ejerce el desempeño del mercado competitivo no regulado, podría en cierto grado admitirse que esta posición de las agencias reguladoras pueda tornarse ineficiente. Desde esta particular posición, se debe reflexionar cómo una conducta reguladora puede influir negativamente para restringir de manera adversa las inversiones en los sectores que regula, solo por ejercer una actitud en exceso proteccionista de los precios que se asignan a los consumidores finales. En este punto debe indicarse que estas medidas ayudan y contribuyen a disminuir el valor de los activos en posibles transacciones de venta en el futuro, restringiendo considerablemente el flujo de inversiones futuras del mercado monopólico, las cuales siempre serán vitales para efectuar una disminución espontánea de los costos productivos en los cuales funciona el monopolio, pues el inversionista siempre asignara nuevos recursos a la actividad. Por lo tanto puede verificarse que esta política regulatoria en el mediano plazo logra sostener eficientemente los precios ofrecidos a los consumidores, pero en el futuro inevitablemente terminarían tornándose ineficientes por suprimir los incentivos periódicos que se necesitan para efectuar una renovación constante en la asignación de los costos productivos de la firma regulada.

Esto desde luego desplaza el punto de interés a los criterios que actualmente se tienen en cuenta para ejercer una actividad de asignación de precios por parte de las agencias reguladoras. Para ello la doctrina ha manifestado que generalmente se tienen en cuenta los siguientes criterios que como tendencia específica se han tornado relevantes en esta especial tarea de regulación. En este sentido se ha comentado que: “Los controles de precios en este contexto normalmente tienen tres dimensiones i) el problema del nivel de porcentaje. Donde la agencia se preocupa por asegurar que el total de ganancia de la firma sea apropiado en vista de sus costos. ii) distinto al primero el problema de estructura de porcentaje: aquí la agencia a veces tiene que determinar cómo son sus ganancias totales y como estas van hacer derivadas entre diferentes productos o servicios que se suministran a los diferentes grupos de consumidores. Esto puede tener implicaciones de asignación para la eficiencia.”¹³⁵

¹³⁴ Ibidém pág 307.

¹³⁵ Ibidém pág 307.

Hoy se discute más que el grado de intromisión de las agencias reguladoras frente a la asignación de precios, algunas de las posibles variables a tener en cuenta para efectuar su control, por ejemplo ya como una técnica utilizable se estudia la posible variación de precios que se pueda imponer de acuerdo al tiempo de consumo para incentivar la demanda en tiempos donde no hay demanda. Es común hacer énfasis respecto de algunas consideraciones de distribución, como si el precio imponible deba ser igual para los consumidores industriales como a los consumidores privados, teniendo en cuenta que el consumidor industrial es un consumidor masivo que compra cantidades de servicio al por mayor o simplemente debe imponerse un precio más alto si se tiene en cuenta que tiene una más alta capacidad de pago. Una y otra decisión y quien en una sociedad sea la autoridad responsable de tomarla, se enfrentara a varios posibles efectos dependiendo la dirección que se le quiera dar a la medida.

Así una medida direccionada a mantener o reducir los precios al consumidor industrial desde el punto de vista económico contribuirá eficazmente a reducir los costos productivos, lo que fácilmente demostrara que se está ante una política económica con tendencia a que la infraestructura de servicios públicos sea un aliciente o incentivo enfocado al aumento de la competitividad de los empresarios en una sociedad, medida que será más plausible cuanto más contribuya a aumentar la competitividad de los productos nacionales en los mercados internacionales. Pese entonces a estas bondades de medidas regulatorias direccionadas a producir estos efectos puede también señalarse que también puede ocasionar perjuicios, ya que restringir la opción de efectuar un sistema de subsidios cruzados donde lo usuarios con mayor capacidad contribuyen activamente a pagar los costos de los servicios de las personas que tienen menor capacidad económica.

La valoración de una u otra opción puede tener un carácter transitivo, ya que inicialmente una sociedad en vía de desarrollo, puede optar inicialmente por implementar una política de subsidios cruzados que asegure gradualmente la cobertura de los servicios públicos y una vez que sus miembros vayan adquiriendo capacidad de pago, podrá desmontar la política de subsidios y focalizarse hacia el desarrollo económico, brindando precios al por mayor a los consumidores industriales para hacerlos más competitivos. Pero una vez la economía se desarrolle y esta sea altamente competitiva, nada obsta para regresar a una política de subsidios cruzados como una forma eficiente de redistribución del ingreso, en tal sentido las agencias reguladoras deberán estar pendientes de los tiempos de transición de la economía, para determinar la coyuntura en la que se encuentra la respectiva sociedad y así efectuar las correspondientes transiciones.

En consideración a lo anterior y pese a la variedad de opciones que puede tener un sistema regulatorio de control de precios y los diferentes efectos que puedan tener a nivel micro y macroeconómico, un control de precios por sí mismo se constituye en una medida que tiende a ser restrictiva de la calidad en los estándares de servicio prestado a los usuarios, o como bien lo afirma la doctrina especializada: “Hay un problema de calidad, como hemos visto en otros contextos, el control de precios invariablemente crea incentivos para las compañías para reducir la calidad del producto, en consecuencia las agencias deben tener más poder en formular y hacer cumplir los estándares apropiados de producción.”¹³⁶ Esto porque la reducción en los estándares de calidad es una estrategia frecuentemente utilizada por las firmas monopólicas para elevar o mantener un nivel alto de percepción de ganancias, incluso ante la presencia de medidas de regulación de precios eficiente.

Puede colegirse entonces que el control de precios como una de las más importantes estrategias para la regulación de firmas monopólicas en materia de servicios públicos, entraña una constante confrontación entre el poder regulatorio de los Estados y la acumulación de cuantiosos capitales de las firmas que suelen presionar constantemente a las agencias para lograr disminuir de manera consistente las restricciones a la percepción de la ganancia. En consecuencia estamos frente a una confrontación de intereses legítimos dentro de una sociedad, por un lado el desarrollo de un poder económico que debe encausarse y por otro los intereses de los consumidores que se verán afectados en su calidad de vida ante los aumentos de los precios asignados para cada servicio. Esto desde luego es un problema de obtención de utilidades o beneficios que entraña la función de regulación, pues para su correcto funcionamiento debe situarse en pro de lograr el equilibrio de ambos intereses, lo cual implica una multifunción en el ejercicio de sus competencias. Por un lado la defensa de los intereses de los consumidores suministrando eficientemente medidas al mercado que verifiquen la sostenibilidad de los precios para los usuarios y por otro, también la defensa de los legítimos intereses de los empresarios, que también tienen derecho a crecer a lucrarse de manera razonable por la labor económica que desempeñan. De este modo no se puede concebir la existencia de un mercado eficiente que no camine equitativamente en el logro conjunto de los intereses económicos de las partes presentes en la relación económica que es objeto de regulación.

La regulación en estos términos puede concebirse como una función que tiende a la armonización de intereses legítimos dentro de la sociedad, en este caso entre una asignación de precios siempre eficiente que garantice el aumento de la

¹³⁶ Ibidém pág 307.

calidad de vida de los usuarios, pero también aun legítimo crecimiento de la inversión o como dijimos a lo largo de la investigación a una protección de la inversión efectuada. En estricto sentido también sería conveniente señalar que esta observación resulta innecesaria pues los objetivos de la regulación buscan siempre conservar el buen funcionamiento del mercado, que de manera comparativa en sectores competitivos no regulados debe funcionar siempre en función del cumplimiento de los dos objetivos.

Para sopesar estas problemáticas de armonización de intereses, el refinamiento de la técnica consiste en hacer cada vez más objetivos los métodos para determinar el nivel de índices de precios, para ello en un constante estudio la doctrina ha podido distinguir dos tendencias bien significativas de las cuales se ha efectuado la siguiente enunciación: “diferentes métodos para determinar el problema del nivel de índice de precios se han usado y propuesto. Nos concentramos aquí en los estándares americanos de control de índices justos de ganancia y el método favorito que se emplea por los británicos es el tope de precios. Entonces vamos a considerar brevemente las técnicas legales para manejar el problema de estructura de índice de calidad.”¹³⁷

El primer tópico a tener en cuenta es el método de justo índice de ganancia, que es considerado como el más completo y ambicioso intento para encontrar un equivalente regulatorio a la operación de precios en un mercado competitivo no regulado, su desarrollo principalmente es atribuido a la comisión americana regulatoria y a las cortes de justicia, para responder a las múltiples demandas legislativas que ordenaban que los índices de precios que proponen las compañías de servicios públicos a los usuarios deben ser justas y razonables. Estos requerimientos desplegaron un incesante trasegar de formulación de retos, pero también en la ocurrencia de muchas fallas que han despertado la atención de muchos economistas que de forma constante han efectuado una valoración de los métodos de regulación. Por ejemplo se ha observado que el método justo de índice de ganancia, funciona de una manera muy simple pues la regulación está diseñada para que las firmas “puedan adquirir un nivel de ganancia y esta suma cubrirá el gasto anual más una ganancia razonable del capital invertido. Esto puede ser formulado como: $E+(r.RB)$, donde E es el capital anual de gastos de una firma incluyendo los costos de operación, depreciación e impuestos, r es un multiplicador representando el justo porcentaje de ganancia y RB es el porcentaje de base al cual se le atribuye el valor del capital invertido.”¹³⁸

¹³⁷ Ibidém pág 306

¹³⁸ Ibidém pág 308.

De esta fórmula la evolución en la aplicación de (r.RB) es lo que ha causado un mayor grado de discusión, pues es la parte de la fórmula que se le ha asignado la función de definir el nivel de ganancia que percibe el empresario. Estas repetidas discusiones a su vez han ocasionado el desarrollo de tres métodos diferentes para hallar el nivel o la cantidad de ganancia en la fórmula: “el primero y más tradicional, se refiere a los porcentajes promedio de ganancia en industrias comparables, pero en relación a muchas industrias reguladas particularmente la de los servicios públicos es difícil conocer que es verdaderamente comparable. La segunda que conocemos como el método de dinero líquido en descuento está basado en el nivel de ganancia que ha sido necesario obtener para atraer inversionistas en la misma industria en el pasado.

Este método está sujeto a obvias objeciones, pues generalmente el pasado no ha sido necesariamente una buena guía de comportamiento en la inversión en el presente o en el futuro y que no toma en cuenta factores externos como el clima económico general. El tercer método es el modelo de apreciación del bien, este fue desarrollado para encontrar solución al último problema. Se percibe como la ganancia que los inversionistas obtienen de un portafolio de inversión que es modificado por la diferencia entre las ganancias de las acciones en servicios públicos y aquellos de otro origen más general del mercado bursátil.”¹³⁹

En conclusión podemos señalar que en los anteriores planteamientos sirvieron fundamentalmente para resolver dos interrogantes centrales. El primero de ellos hizo alusión al especial reconocimiento de las condiciones económicas que se presentan en la mayoría de mercados que son clasificados como ineficientes desde el punto de vista competitivo, y las razones por las cuales estos servicios no pueden ser suministrados al mercado desde el punto de vista competitivo. Esta fue una reflexión de suma importancia porque contribuyo vivamente a establecer el cómo se desarrolla de manera específica el funcionamiento monopólico de los servicios públicos domiciliarios. No obstante si bien esta parece ser la regla general este comportamiento monopólico en la prestación de los servicios públicos tiene excepciones, que acontecen en la descomposición de actividades unbundling que hacen viable la inclusión de la competencia en ciertas actividades de la prestación. Este es el caso irrefutable de la generación de energía eléctrica, donde si se hace posible la concurrencia de varias firmas de manera competitiva encargadas simultáneamente de producir energía eléctrica, lo cual en todo momento justifica el análisis de las reglas de operación de la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios tal y como se explica en el capítulo 3 del presente trabajo.

¹³⁹ Ibidém pág 308.

Asimismo es precisamente por esta razón y por el efecto espejo que se debe mantener en la regulación económica del servicio público, que bien se justifica emprender un análisis del funcionamiento de la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios, lo cual se constituyó en un precedente muy útil para la observación de las condiciones de competencia que se buscan en un mercado que es objeto de regulación. Son precisamente estas consideraciones las llamadas a resolver el segundo interrogante central y es la consecuencia que surge cuando se está en presencia de mercados monopólicos no competitivos, que se refleja precisamente en la intervención de los mercados por medio de la función regulatoria, que no tiene otro objetivo que replicar artificialmente al mercado monopólico los efectos y las condiciones en que se desarrolla un mercado competitivo no regulado. De esta manera el principal objetivo de la función regulatoria se encuentra en lograr que el mercado regulado tenga un desempeño idéntico al competitivo no regulado.

CAPITULO II.

2. DEFINICIÓN DE LAS REGLAS EN LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. (DESARROLLO HISTORICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN JURIDICO QUE ORIENTA SU FUNCIONAMIENTO.)

2.1 DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Así se ha señalado meritoriamente por la doctrina que ha ilustrado como referencia histórica que “las concesiones originariamente se vinculaban más a la idea de dominio, es decir de la ocupación del dominio público para realizar el servicio, que del servicio mismo o más precisamente de su régimen administrativo.”¹⁴⁰ Esta precisión resulta de gran relevancia para sostener que la noción original de *iure regalia* estaba en un principio desligada o poco relacionada con actividades que pudieran ser consideradas como de servicio público, pues el énfasis en la descripción del fenómeno se acentuaba precisamente en el otorgamiento y posterior ocupación del bien.

¹⁴⁰ Ibidem Pág. 250

Resulta ahora necesario señalar que otra de las grandes características en la situación analizada, es que “Desde siempre estas regalías fueron otorgadas como mercedes, como *sensus fictus*, y precisamente a través de estos cánones se ha significado siempre un reconocimiento del dominio del estado.”¹⁴¹ Ello se explica fácilmente por el papel policial que ejerció principalmente el Estado en esta época, donde “la concesión de obras públicas, empresas públicas u ocupación de una parte del dominio público, supone la existencia de un poder soberano del cual ese derecho se deriva.”¹⁴² No obstante, esta concepción del poder soberano del Estado, como bien es sabido, ha sufrido una radical transformación que se hace patente en la transición que se presentó entre el régimen absolutista, también conocido como “Antiguo Régimen”, al Estado de Derecho, “cuya máxima fundamental se encuentra en la observación del principio de legalidad. Desde luego la inclusión de estos principios está enmarcada por procesos históricos más complejos, ya que los fenómenos que caracterizan los procesos de cambio entre el antiguo régimen y el Estado de derecho se hacen palpables en las primeras etapas de afianzamiento jurídico del derecho constitucional. Así parece entenderlo la doctrina cuando al comentar la primera fase de aquel nascente derecho dijo: “En la evolución del derecho constitucional se pueden distinguir tres fases con claridad, una primera que responde al momento de ruptura con el antiguo régimen y de imposición definitiva con el derecho constitucional en el continente europeo. Comprende desde la revolución francesa hasta la revolución de 1.848, con la que el enfrentamiento entre el antiguo régimen y el Estado constitucional queda resuelta definitivamente a favor de este último.”¹⁴³

Recordemos que en el Antiguo Régimen los aspectos más fundamentales de la concesión estaban enmarcados, como se señaló anteriormente, en investir a una persona de regalías que eran de la propiedad del príncipe. Se trata, en síntesis, de la cesión de los derechos de superioridad del príncipe mientras que, con el surgimiento del estado de derecho, el acto concesional adquirió su verdadero significado y dimensión jurídica, pues empezó a ser entendido como el ejercicio o la delegación a un particular de un poder cuya titularidad se encuentra en cabeza de la autoridad pública. De esta forma la concesión, como acto reglado, adquiere la connotación de un verdadero acto de derecho público. Ya desde el estado de derecho y su nueva forma de operar se puede ilustrar con la ayuda de la doctrina que: “Aunque el antiguo régimen ha dejado de ser un peligro para el Estado constitucional, la monarquía sigue siendo un factor político de primer orden en numerosos países europeos, como: Alemania, Italia, El imperio Austro-Hungaro, España. El principio de legalidad como centro del sistema responde en afirmar políticamente al parlamento como el órgano de dirección del país.”¹⁴⁴

¹⁴¹ VERGARA BLANCO Alejandro. “*Principios y sistema del derecho minero.*” Editorial jurídica de Chile Santiago de Chile.1.992 pág. 130

¹⁴² BIELSA Rafael. “*Derecho Administrativo*”. Editorial La ley, sexta edición. Buenos Aires, 1980. Pág. 250.

¹⁴³ FERROYO COSTA Raúl. “*Derecho constitucional general.*” Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.2.004. pág. 62.

¹⁴⁴ *Ibíd*em pág. 63.

Desaparece por tanto la noción de privilegio y pasa a ser remplazada por la noción de poder jurídico. Esta transformación es claramente expuesta por el profesor Francisco López Nieto que, sobre este punto en concreto, señaló que “Podría señalarse aquí que el tipo de Estado que nace como consecuencia de la revolución francesa vio con recelo cualquier medida que condujera al establecimiento de distinciones entre los hombres, máxime cuando en el antiguo régimen la concesión de distinciones honoríficas conlleva privilegios y además era trasmisible.”¹⁴⁵

Aparece en este contexto la noción de Estado tal y como hoy la conocemos, definida por importantes tratadistas como León Duguit como la nación soberana y organizada en gobierno, establecida sobre determinado territorio. En este entendido, el Estado se configura en la forma más apropiada para designar la noción jurídica y políticamente organizada que se justifica solo en la medida que tiene la capacidad de prestar servicios públicos y donde la noción de soberanía impone al gobernante la obligación de servir a la comunidad. Esta importante visión ha quedado contenida en la obra de Leon Duguit quien al respecto manifestó: “Existe, pues, una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno. Esto basta para fundamentar la obligación jurídica de los gobernantes. No existe hoy, en el mundo civilizado, un solo espíritu que no se halle profundamente penetrado de la idea de que todos aquellos que tienen el poder por un título cualquiera, emperadores, reyes, presidentes de la república, parlamentos, es, no para su provecho, sino para el de los gobernados, y la idea tiene tal fuerza, que todos los detentadores del poder la repiten a porfía, aun cuando en realidad traten de sacar el mayor beneficio posible de su situación. Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio por los gobernantes constituye el objeto de los servicios públicos.”¹⁴⁶ Se produce entonces una importantísima reasimilación pues: “lo que se llamaba en otro tiempo la obediencia a las órdenes del rey, actualmente se manifiesta en la colaboración de los individuos en el funcionamiento de los servicios públicos.”¹⁴⁷

Son precisamente estas consideraciones históricas las que advierten el nacimiento del derecho administrativo, como un conjunto de reglas que se aplican en todo lo referente a la organización del Estado y que imponen una manera políticamente aceptada de concebir las relaciones entre los ciudadanos y gobernantes. En este caso y gracias al advenimiento del Estado liberal por el poder y soberanía del parlamento con origen popular y con el poder de hacer la ley como centro del

¹⁴⁵ NIETO LOPEZ Francisco. “*Honores y Protocolo.*” Tercera Edición. La Ley, grupo Walter kluwer España 2.006 pág 75.

¹⁴⁶ DUGUIT León. “*Las transformaciones del Derecho Público.*” Librería Española y extranjera Príncipe 16. Madrid. 1996. Pág 99-100

¹⁴⁷ JEZÉ Gastón. “*Principios generales del derechos administrativo, Tomo III, el funcionamiento de los servicios públicos*” Editorial de Palma, Buenos Aires, 1949. Página 168.

sistema político. En este orden de ideas la implementación del discurso jurídico de la soberanía propicia la aparición de una forma distinta de relacionar a los gobernantes con los ciudadanos, facilitando la comprensión y surgimiento de nuevos deberes de los gobernantes.

Por ejemplo, “ya no se pide únicamente a los gobernantes que aseguren los servicios de guerra, de policía, de justicia, sino también que organicen y hagan funcionar toda una serie de servicios industriales e impidan que se interrumpan aunque sea por un solo instante.”¹⁴⁸ El porqué de esta nueva función del Estado marca el auge de la escuela de servicio público que se reduce a la consideración de nuevas concepciones ideológicas que invadieron y sustentaron durante largo tiempo el marco de aplicación del derecho administrativo. Para apoyar estas consideraciones la doctrina al explicar el pensamiento en esta fase histórica expuso: “El Estado es una estructura caracterizada por los servicios públicos. Esta maquinaria constituye un conjunto de actividades, cuya prestación de debe asegurar, regular y controlar por los gobernantes, ya que son imprescindibles para la realización y desarrollo de la interdependencia social. No existe una relación entre el soberano y el súbdito. Lo primordial no es la nota del poder público para caracterizar el Estado. Lo que fundamenta al Estado moderno es la tesis del servicio público.”¹⁴⁹

2.1.1 El servicio público como fase histórica y como elemento integrador del régimen concesional. Para efectuar un reconocimiento preciso de la forma en que la teoría del servicio público, empieza a apoderarse de la orientación administrativa del Estado, debe ahora dirigirse la atención a la época en que empieza a producirse su formulación, es decir a finales del siglo XVIII, hasta alcanzar su máxima expresión en el siglo XX. Tanto su construcción ideológica como su puesta en marcha fue un proceso gradual, muy a pesar que el principio que lo gobierna resulta ser bastante simple, como es la intervención del estado como gestor directo o indirecto de actividades económicas.

¹⁴⁸ Ibídem Pág. 169.

¹⁴⁹ ROMERO PÉREZ Jorge Enrique. *“Derecho administrativo general.”* Euned. San José de Costa Rica 1.983. pág. 90.

2.1.1.1 Prestación de los servicios públicos por medio de contratista interpuesto. En un primer momento y en un menor grado de intensidad, una primera fase de la teoría que marca los primeros hitos de intervención del estado en el plano económico se da precisamente “en el siglo XIX y suele caracterizarse como la actividad o el estado de los servicios públicos con contratista interpuesto. En efecto, a mediados del siglo pasado, al compás, del progreso técnico, surgen los grandes servicios públicos de carácter económico que llegan hasta nuestros días. En los ferrocarriles, los transportes por carretera, la electricidad, el gas, el teléfono, etc., suponen nuevas necesidades, nuevos campos de acción para cuya eficaz realización no basta la acción policial, esa actividad puramente jurídica de reglamentación de las iniciativas privadas, ni tampoco la pura medida del fomento.”¹⁵⁰

En ese contexto y más que la propia aplicación de la teoría de una forma intensiva, este primer antecedente, es decir la aparición del servicio público económico, por su trascendencia y por ser una actividad sensible para la sociedad, hace intuir una necesidad en que se efectúe una positiva intervención estatal, con el objeto de ejercer una dirección y planificación de las mismas. Este será el sentido y la necesidad de intervención económica que se pone de presente, pero en un primer orden y pese a que debía responsabilizarse al Estado de estas actividades, se hizo apremiante la necesidad de una habilitación jurídica para justificar la intervención. Ya que si bien se ha mencionado que esta es una de las grandes atribuciones de la teoría del servicio público, en este primer momento tímidamente se empezó a utilizar valiosas técnicas, para llevar al plano material este tipo de intervención.

Para una mejor ilustración y pronunciándose en esta ocasión la doctrina, sobre los primeros antecedentes del servicio público económico, se ha comentado con acierto que “cuando surgen en lo que se llamó la segunda revolución industrial, nuevos servicios públicos de carácter económico, como el ferrocarril, el teléfono, el telégrafo, la distribución de gas o electricidad, etc., su importancia esencial para el desarrollo económico de cada país exige al estado la extensión de sus actuaciones, y se emplea para ello la adscripción pública de la titularidad, en tanto que se concede la explotación a los particulares.”¹⁵¹

¹⁵⁰ ARIÑO GASPAR. *“Economía Y Estado. El Estado productor de las nacionalizaciones a las privatizaciones, el Estado regulador del monopolio a la competencia.”* Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Pág. 339.

¹⁵¹ HERNÁNDEZ MARTÍN Miguel. *“La intervención del sector público en la economía y su actividad empresarial.”*. Primera Edición. Ediciones Universidad de Salamanca. España.1.998. pág. 73

Se presenta la primera tendencia, de imputar al estado la titularidad de estos servicios públicos con carácter económico, uno de los aspectos que más posibilitó este fenómeno, es que muchas de estas tareas, no eran practicables en un régimen de competencia, sino que por el contrario presentaban una tendencia natural al monopolio, de cierto es que en esta primera fase, si así puede llamarse se presentaron las primeras concesiones aplicadas a las actividades anteriormente descritas, por ende la titularidad que es el fenómeno jurídico que las posibilita a favor del Estado, obtiene aquí una doble connotación, primero facilitando la intervención directa del Estado en la actividad, imputando su ejercicio exclusivo a la administración, es decir con una exclusión de la libertad de los particulares para ejercerla libremente y segundo que una vez declaradas como actividades propias o imputables al sector público, se podría habilitar a los particulares en su prestación en forma exclusiva y excluyente a través de la concesión, en esa medida: “ La concesión se configurara así como una transferencia de funciones y tareas cuya titularidad corresponde primariamente al estado. Actividades que no eran intrínsecamente Públicas, que no formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales, pero que quedaban publicadas. Lo que la administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad sino su ejercicio.”¹⁵²

De esta primera fase del servicio público, debe destacarse entonces el nacimiento de ciertas actividades económicas, que adquieren una especial significación (servicio público), que en buena medida y desde el punto de vista económico presentan la condición de monopolio, donde por supuesto sale a la vista la primera relación entre monopolios y concesión de servicio público, así en estos orígenes se ha llegado a formular lo que comúnmente se conoce como los orígenes concesionales de los servicios públicos, como prueba de esta relación en este periodo algunos autores han sostenido que : “Las relaciones obligacionales entre el Estado y los particulares se multiplicaron ante la proliferación de nuevos servicios y su cesión a los particulares, situación que llevó a la regulación especial de algunos servicios, como sucedió con la telefonía entre los años 1.879 a 1.889, la energía eléctrica para la fuerza motriz, los ferrocarriles, y la construcción de puentes con peaje en las grandes vías.”¹⁵³

¹⁵² ARIÑO GASPAS. *“Economía Y Estado. El Estado productor de las nacionalizaciones a las privatizaciones, el Estado regulador del monopolio a la competencia.”* Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Pág. 340.

¹⁵³ CASTRO CUENCA Carlos Guillermo, GARCÍA LÓPEZ Luisa Fernanda, MARTÍNEZ VARGAS Juan Ramón. *“La contratación Estatal: Teoría General, perspectiva comparada y regulación internacional.”* Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición Bogotá D.C. 2.010. pág. 51.

Desde la misma óptica económica, resulta natural preguntarse las razones que inspiraron esta tendencia en una primera fase de implementación; la razón fundamental estriba en que el Estado no tenía ni la experiencia ni el conocimiento para desempeñar actividades de orden industrial, en buena medida como consecuencia de haber desempeñado un papel abstencionista durante siglos, eran entonces los particulares quienes gozaban de la experticia técnica para ejecutar exitosamente estos procesos económicos, pero se hacían fuertes críticas en cuanto a la adecuada distribución a la sociedad de ciertos bienes, aquí se presentaron dos coyunturas importantes, la necesidad de intervención estatal y el aprovechamiento de la gestión privada en la producción final de los bienes.

Ya se ha visto, que en la fase objeto de estudio se ha posibilitado ya la intervención del Estado en actividades que empezaron a considerarse como de servicio público, intervención que se enfoca en aplicar facultades encaminadas a dirigir la actividad y que son poderes económicos de intervención que en el plano material son posibilitadas, gracias a la aparición del concepto jurídico de titularidad, que se ha edificado sobre la noción tradicional de dominio público, en ese sentido se ha afirmado: “Esta reserva de titularidad en favor del Estado no se operara directamente, sino mediante el mecanismo del dominio público, y el Dominus del dominio público es el Estado; por tanto, la utilización especial y privativa del dominio público será la que ofrezca un título de intervención en estas actividades.”¹⁵⁴

¹⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 340.

2.1.1.2 Prestación del servicio público directamente por el Estado. Pero esta específica modalidad de iniciación del servicio público, presenta algunos inconvenientes a finales del siglo XIX y primeros años del siglo XX, se hicieron latentes muchas quiebras por parte de los concesionarios generadas, de una parte, de la reversión de ciertas concesiones por el transcurso del tiempo, y de otra por la caducidad o el rescate, por imposibilidad de cumplimiento en la que incurrieron muchas concesiones, en este momento quedan alineadas las condiciones para la generación de una nueva fase de implementación de la teoría de servicio público, con un mayor grado de intensidad, en este caso estructuradas por la necesidad de mayores niveles de intervención, que se hacen manifiestas por la actividad de servicio público de prestación directa por parte del Estado, semejante posición lo convertiría por muchos años en el protagonista absoluto de la actividad económica que se patentiza como dice Rodríguez Arana, en él: “ejercicio por parte del estado, de su potestad de sustraer total o parcialmente, del terreno del libre mercado la satisfacción de determinada necesidad de naturaleza económica para someterla a un régimen de derecho público de control y regulación en la medida de lo necesario, para garantizar el acceso obligatorio a la generalidad de la población”¹⁵⁵.

Debe admitirse que esta fase consulta dos poderes económicos a favor de la administración, por una parte la prestación directa de los servicios públicos y por otra la facultad para decidir unilateralmente que actividades pueden llegar a ser consideradas como tales. Como puede verse es el más alto grado de intervención estatal, que se puede presentar en la teoría de servicio público, en todo su rigor material y formal, Si bien hasta aquí, se ha visto el nacimiento de la teoría del servicio público y sus primeras manifestaciones en la definición del alcance de la actuación administrativa del Estado, la necesidad de mayores niveles de intervención económica, condicionan a la también necesidad de desplegar un esfuerzo dogmático que permita justificar su aplicación, que trae como resultado el nacimiento de nuevas competencias estatales. Pero inicialmente cuales fueron las causas que motivaron la transición descrita, es decir de la transición de la prestación de los servicios públicos por medio del contratista interpuesto (régimen concesional) a la prestación directa por parte del estado, como siempre las coyunturas históricas, son las que han obligado a la administración a moldear sus formas de actuación para adaptarse a las nuevas necesidades: “recuérdese el cambio de sentido de la acción del estado al filo de la primera guerra mundial y el

¹⁵⁵ SENDIN GARCÍA Miguel Ángel. “Los usuarios y el derecho público en el derecho de los consumidores y usuarios.” Editorial Netbiblo SL. Coruña España.2.000. pág. 176.

movimiento de personificación de servicios que surgen en este momento para hacer frente a las nuevas necesidades.”¹⁵⁶

Como prestaciones materiales, se da el surgimiento de la seguridad social y algunas prestaciones conocidas como de asistencia vital, como la vivienda y los mercados grandes con presencia de gran variedad de artículos, especialmente por la escasez generada en muchos lugares de trigo, carbón, energía, problemas de abastecimiento de bienes indispensables para la existencia, que ameritan la intervención estatal con fines específicos, como la producción, transporte y distribución de productos y servicios de primera necesidad, este sería un salto cualitativo y cuantitativo del Estado, pues supone que la actividad administrativa sea encaminada directamente al desarrollo de prestaciones puramente económicas, este período de la historia de la intervención, pero especialmente de la adecuación de la teoría del servicio público, ha sido percibida por la doctrina administrativa como: “la función conformadora de la administración que se manifiesta en dos formas principales: por la conformación estatal del orden social por medio de la intervención directa, y por la participación activa del estado y otros sujetos de la administración pública en las funciones de la vida social, convirtiéndose el estado mismo en un productor, comerciante o distribuidor de los bienes del tráfico.”¹⁵⁷

Se produce un descontrol del Estado, quien con ese uso desmedido del poder económico justificado por la teoría del servicio público, empieza a reservar para sí un sinnúmero de actividades, con no mayor sustento que el que encierra el concepto de interés general o el bienestar social; conceptos filosóficos de gran amplitud que en buena medida pueden ser adaptados a cualquier situación para desmantelar la iniciativa privada en cualquier escenario; como dijimos esta tendencia resulta desbordada hasta multiplicar exponencialmente la órbita de competencias y actuación de la actividad administrativa, y el ejercicio de funciones desempeñadas por los entes públicos, donde el Estado actuara como gestor directo, pero lo paradójico o más bien el efecto de este descontrol, se hará manifiesto en que los entes gubernamentales se quedarán cortos ante la complejidad de la actividad económica y aún que si bien es un estado masivo, su capacidad de reacción no alcanza a atender toda la actividad que queda bajo su responsabilidad, gracias a la teoría del servicio público.

¹⁵⁶ ARIÑO GASPAR. “*Economía Y Estado. El Estado productor de las nacionalizaciones a las privatizaciones, el Estado regulador del monopolio a la competencia.*” Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Pág. 341.

¹⁵⁷ Pantoja Bauzá Rolando. “*El derecho administrativo clasicismo y modernidad.*” editorial jurídica de Chile, primera edición de 1.994. Santiago de Chile. Pág. 129.

2.1.1.3 El regreso al sistema concesional como forma de prestación del servicio. Esta situación termina por desencadenar el retorno de la concesión, que habilita a los particulares para efectuar la prestación de este tipo de actividades, pero a su vez ello facultará a la administración para ejercer un control intenso en el ejercicio de la actividad, al respecto comenta Villar Palasi que: “a medida que avanza el siglo, y el progreso, la civilización y la técnica, brinda nuevas posibilidades de satisfacción de necesidades sociales que por su parte la sociedad reclama, se Irán produciendo sucesivas ampliaciones de los campos de actuación del estado. Una vez que el campo ha sido declarado de competencia del estado, para que cualquier particular pretenda desarrollar una actuación en aquel campo necesita la concesión o la autorización del estado. Este es en esencia, el mecanismo que dará lugar a la técnica del servicio público.”¹⁵⁸

En un estricto sentido y en virtud a las tendencias y rasgos que asume la teoría del servicio público, en el campo enteramente económico, la concesión, se constituye como un verdadero título habilitante que otorgará a los particulares el derecho al ejercicio de actividades de servicio público que en su mayoría no son otra cosa que actividades meramente económicas, en este punto aparecen dos tópicos fundamentales, que nos permitirán analizar la concesión desde un aspecto económico. El título habilitante y la declaratoria de publicatio.

Estas dos manifestaciones jurídicas, tienen repercusiones económicas muy marcadas y fueron instrumentos de amplia difusión en el servicio público, que hoy incluso se mantenían vigentes en la nueva orbita de aplicación del concepto, tanto el título habilitante como la publicatio, presentaron amplios desarrollos en países que lograron una contundente implementación de la teoría en estudio.

El desarrollo en el derecho administrativo interno de muchos países de estas instituciones, siempre se convirtió en una garantía para establecer de manera ordenada el apoderamiento de la actividad económica por parte del Estado.

¹⁵⁸ VILLAR PALASI José Luis. “*La intervención administrativa en la industria.*” Instituto de Estudios políticos. Madrid. 1.964. pág. 207.

2.1.2 La concesión de servicio público y su nuevo rol de régimen excepcional en la actual época de liberalización. El Estado con sus desmesuradas acciones en favor de atender todas las necesidades de la sociedad ha limitado la libertad del ciudadano y lo ha convertido en un ser dependiente de su actuación, cuando se habla de la cultura de la dependencia se ha sostenido que: “esta consiste en hacer pasar por el estado la organización, prestación y pago de todos los servicios de la educación, de la sanidad, de la vivienda, de la cultura, de los seguros, de los deportes, de las pensiones, del ocio, de la provisión de agua, gas y electricidad, de todos los servicios de transporte.”¹⁵⁹ En este panorama la sociedad se verá cada vez más empobrecida y dependiente, cada vez más obligada a la servidumbre con el estado, quien es el que provee estos servicios.

Este es entonces el comienzo de la liberación de los servicios públicos, que ha desencadenado dos consecuencias previsibles: 1) En primera instancia el Estado debe redefinir sus competencias y reorientarse a la prestación de servicios puramente administrativo que implican el ejercicio de autoridad pública, el desempeño de funciones públicas soberanas y 2) El desmantelamiento de los mencionados monopolios de servicios públicos: Esta será una labor de pura técnica económica que se iniciará con la redefinición del concepto de servicio público, esta redefinición es una transición de la noción general por el de una actividad de interés económico general, en este sentido la doctrina ha expresado que: “La puesta en práctica de las políticas neoliberales ha llevado a confiar al mercado la provisión de bienes y servicios a la sociedad que hasta hace pocas fechas se tenían por tareas públicas, sectores como la telefonía, el correo, el gas o la electricidad han dejado de ser catalogados como servicios públicos, pues se entiende que estas actividades de suministro se pueden desarrollar sin el concurso activo del estado, limitándose a ser consideradas como actividades de interés económico general.”¹⁶⁰

Pero la eliminación de estos títulos de intervención, tendrá también dos consecuencias significativas, la primera de ellas es que el grado de libertad de los particulares para acceder a la prestación de estos servicios se amplía considerablemente, pero dependiendo del grado de liberalización puede requerirse de un nuevo título habilitante previo y reglado, pero habilitación al fin, que sería una autorización, licencia, permiso, inscripción registral, comunicación previa,

¹⁵⁹ ARIÑO Gaspar. “Economía Y Estado. El Estado productor de las nacionalizaciones a las privatizaciones, el Estado regulador del monopolio a la competencia.” Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. pág. 23.

¹⁶⁰ CABALLERO SÁNCHEZ Rafael. “Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos.” Instituto nacional de administración pública. Primera Edición. 2.003. pág. 63.

etc.), al punto que el desmonte de los monopolios estatales, tendrá como contraste la posibilidad de adecuar un régimen concurrencial donde varios particulares pueden acceder a prestación del servicio, consolidando un verdadero mercado que se gobierna bajo las reglas de la libre competencia; por otra parte esto afectará sensiblemente al instituto de la concesión administrativa, que en la teoría de servicio público era un paso obligado, una autorización necesaria y por lo tanto la regla general para que un particular prestara un servicio público en forma exclusiva.

Al desaparecer la noción tradicional de servicio públicos y los títulos habilitantes, la concesión pierde su carácter de regla general para convertirse en una excepción o más bien en un régimen excepcional “de modo inmediato, la introducción del régimen de libre competencia implica desmontar una serie de servicios públicos, esto es, de actividades en las que regía una legitimación exclusiva y excluyente a favor de la administración pública, que a pesar de ser protagonizadas en muchas ocasiones por empresas mercantiles, se desarrollaban en régimen de exclusividad, sin el incentivo de la concurrencia. Esto supone sustituir los tradicionales contratos de gestión de servicios públicos, en los que se adjudicaba esa reserva a cambio de garantizar unas condiciones de prestación de la actividad, por simples autorizaciones administrativas, normalmente regladas por las que habilita a cualquier sujeto que lo solicite a participar en un determinado mercado. El resultado ha sido que en la legislación reguladora de los sectores liberalizados las referencias que antes se hacían a la necesidad de una concesión han sido reemplazadas sin más por la exigencia de una autorización.”¹⁶¹

2.2 EL RÉGIMEN JURÍDICO QUE ORIENTA SU FUNCIONAMIENTO

2.2.1 La concesión de servicio público como contrato administrativo

2.2.1.1 Definición. Según el profesor Bielsa, el contrato de derecho público puede ser definido como: “todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva que se complementa por actos jurídicos bilaterales en forma de contratos, convenios, acuerdos, etc. todos los cuales tienen en común el emanar de la manifestación de una voluntad coincidente de las partes”.¹⁶²

¹⁶¹ Ibídem pág. 62

¹⁶² BIELSA Rafael. *“Ciencia de la administración”*. Obra editada por la facultad de ciencias económicas, comerciales y políticas, Universidad Nacional del Litoral. Serie 1, Volumen I Rosario. 1937 Pág. 64.

Tal vez uno de los elementos que plantea mayor discusión en el marco del contrato estatal es el de la libertad contractual, que como bien se sabe se instauró como principio con gran fuerza desde la revolución francesa y que permite a los contratantes ajustarse a su propias conveniencias y así, fruto de la negociación, dar vida a las obligaciones pactadas a través del contrato. En derecho administrativo, y sin que esto se constituya en una abdicación del principio de la libertad contractual, es indispensable que en el conflicto del individuo y el derecho de la colectividad, el interés que tenga que ceder sea precisamente el del individuo y esto comporta la intervención de la ley para producir la subordinación del interés particular a favor del bien común.

Entonces el contrato estatal cobra vida a través de la decisión de la administración que se expresa por medio de un acto administrativo y la subordinación del particular que es la manera en que éste expresa la voluntad sin cuyo elemento no se generaría el acto bilateral, que es el contrato. En este sentido esta subordinación, como forma de establecimiento del vínculo contractual, difiere sustancialmente del principio de coordinación del contrato privado. En principio esta distinción, en cuanto a la cierta restricción presente en el principio de libertad, se enmarca como uno de los elementos esenciales para efectuar la definición de contrato estatal. Para el profesor Bielsa, “el contrato administrativo es el que la administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública”.¹⁶³ De esta definición puede apreciarse que en todo contrato se distingue la participación de las partes que en él intervienen para la formación de la relación jurídica. No obstante la descripción jurídica que se ha venido efectuando en relación al instituto concesional en el derecho administrativo Argentino, es imperativo aclarar que estas valoraciones de orden descriptivo no pueden en ningún momento sustraerse de su contexto histórico, esto en buena medida porque dependiendo de los avances y las respectivas reformas el instituto concesional ha adquirido nuevos matices a lo largo del tiempo, por lo tanto si bien no es nuestra intención registrar tal evolución en su totalidad, si resulta forzoso y además muy conveniente plasmar las tendencias mas determinantes que sobre el sistema concesional Argentino se vienen desarrollando en los últimos años en el derecho Administrativo.

Ya en lo que se puede denominar como una época inicial en la Argentina del siglo XIX y primeras décadas del XX, el contrato administrativo por excelencia era la concesión de servicios públicos. Era tal su importancia que su desarrollo jurídico y su continua utilización por parte de la administración sirvió de base para construir el funcionamiento de los demás contratos administrativos.

¹⁶³ Ibidem pág 64.

Pese a esta consolidación del instituto concesional en su fase inicial, Puede afirmarse que este fue paulatinamente sustituido por los movimientos de cambio económico presentes en las décadas de los 40 s y los 50 s del siglo XX, y que representan un redireccionamiento hacia las nacionalizaciones aumentando la activa participación de la administración en referencia a los servicios públicos y lo que correlativamente trajo consigo una ostensible reducción de la injerencia del sector privado en este renglón de la economía. “A partir de las nacionalizaciones de las décadas del 40 y del 50 en la Argentina del siglo XX el crecimiento del sector público de la economía aumentó el número de contratos de obras públicas y suministros, entre otros. Pasaron a ser las figuras contractuales dominantes del derecho administrativo. En cambio el contrato de concesión de servicios públicos quedó virtualmente olvidado carente de referente empírico en la realidad. El régimen de los contratos administrativos de esta época fue siendo modificado en forma progresiva, tanto legislativa como jurisprudencialmente, alejándolo cada vez más de la vieja concesión de servicios públicos con la cual ya poco tenía que ver.”¹⁶⁴

En ese contexto cabe destacar que uno de los principales movimientos de cambio institucional frente al sistema concesional se registra a finales de las décadas de los 80 s, con la adopción de sistemas de privatización y desmonopolización aplicados a los servicios públicos. Así lo registro la doctrina administrativa cuando expreso que: “a fines de la década del 80 y comienzos de los 90s en el siglo XX se produce entre nosotros una fuerte iniciativa en materia de privatización y desregulación, creándose marcos regulatorios para alguna de las actividades privatizadas y entes de control sobre ellas. La constitución de 1994 enfatiza el rol de tales entes en su artículo 42, pero es mucho lo que falta para el control de los servicios privatizados y la protección del usuario y el consumidor.”¹⁶⁵

Los contratos de concesión y en especial la concesión de servicio público deben ser analizados y reinterpretados en consonancia con las nuevas realidades económicas. Así lo precisa el profesor Agustín Gordillo cuando al respecto manifiesta que: “Con la reforma del Estado, a partir de 1989 el sector público de la economía se reduce con él los contratos que celebra el Estado cuando tenía un rol activo en la economía: obra pública, suministro, concesión de uso del dominio público, etc. Aparecen a hora otra vez como manifestación fundamental de la contratación administrativa, las concesiones y licencias de servicios públicos, generalmente en condiciones de monopolio o exclusividad. Los regímenes jurídicos de los contratos del sector público de la economía en la época anterior y

¹⁶⁴ GORDILLO Agustín. “*Tratado de derecho administrativo. Parte general Tomo I.*” Fundación de derecho administrativo. Buenos aires 2.004 pág 322

¹⁶⁵ *Ibidem* pág 52-53

la presente, no son ni pueden ser los mismos, pues ha cambiado mientras tanto toda la relación económica subyacente.”¹⁶⁶

En este sentido cabe resaltar al igual a lo que ocurre en el derecho administrativo Español, la transición económica aludida es decir del servicio público a la liberalización, es un fenómeno económico que ha representado de manera considerable un reposicionamiento al interior de la administración de la figura concesional, ya que en el antiguo sistema la prestación directa del servicio público por parte de la administración, impedía considerablemente la participación de los particulares incluso bajo el mismo esquema concesional. Desde esta óptica el fortalecimiento de la concesión en Argentina, es una expresión que demuestra una mayor participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, que es un componente característico de cualquier política e liberalización económica, contrario semsu a lo que aconteciera a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX donde “los Estados decidieron tomar a su cargo la prestación, nacionalizando o estatizando los servicios prestados por particulares y creando al efecto diversas formas de empresas públicas: es la época del florecimiento de múltiples tipos de formas jurídicas por las cuales el Estado realizaba estas actividades.”¹⁶⁷

Luego de haber efectuado esta comprensión histórica del régimen concesional Argentino, ahora resulta de mayor comprensión analizar algunos aspectos jurídicos en relación a su funcionamiento y que se pueden considerar como vigentes y pertenecientes al actual modelo concesional de servicio público en el derecho administrativo Argentino. Tal y como se señaló entre sus más importantes características se encuentra la necesidad de una autorización legislativa, esto por cuanto hoy el otorgamiento de una concesión se considera como el otorgamiento de un privilegio o como lo expresa el autor en cita: “solo el congreso puede dar concesiones de monopolio o privilegio. Su otorgamiento es siempre de competencia legislativa. Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay privilegios implícitos.”¹⁶⁸

Del mismo modo y como una derivación de la característica anterior, el derecho administrativo Argentino ha implementado lo que se conoce como la interpretación restrictiva de todos los derechos y potestades del concesionario o licenciatarario, esta potestad surge como una verdadera facultad en cabeza de la administración orientada a evitar un uso desmedido del privilegio concedido, en otras palabras

¹⁶⁶ Ibidem pag 322

¹⁶⁷ Ibidem pág. 324.

¹⁶⁸ Ibidem pág. 327.

que la prestación del servicio público efectuado de manera monopólica no resulte lesiva de las disposiciones normativas que protegen a los usuarios de los servicios públicos frente a una posición dominante por parte del concesionario o como se ha mencionado: “la interpretación restrictiva de todos los derechos y potestades del concesionario o licenciataria, es la única manera de preservar la constitucionalidad del privilegio o monopolio que se confiere en contra de las reglas de la libre competencia que consagra la constitución.”¹⁶⁹ A lo que se añade que “esa forma de interpretación cobra sentido al resultar indispensable que los privilegios o monopolios se funden en el interés colectivo, única y exclusiva razón que los legitimaria y los haría encuadrar dentro del marco constitucional, debiendo tener presente, además, que el monopolio o privilegio debe limitarse a los servicios estrictamente indispensables, teniéndose siempre como mira la garantía de un fin público.”¹⁷⁰

En consonancia también con las anteriores atribuciones administrativas encaminadas todas a interpretar la concesión como una expresión económica del monopolio, surge también la facultad de control del monopolio y del abuso de la posición dominante que es considerada como un auténtico exceso por parte del concesionario para transgredir el marco de su autorización contractual, lo que en la práctica se traduce en exigir a los usuarios gravámenes no acordados en las condiciones previstas originalmente en el cuerpo del contrato, o como lo comenta la doctrina: “ejemplos de estas conductas abusivas son la exigencia de garantías de pago en forma previa a la prestación, la sobrefacturación de conceptos no autorizados, errores deliberados en la facturación (casos típicos en materia telefónica) o la utilización de los medios financiados al amparo del monopolio o exclusividad para realizar prestaciones comerciales que en él están vedadas pues han sido reservadas para la libre competencia.”¹⁷¹

Tal y como se ha expuesto y en consonancia con las nuevas facultades atribuibles a la administración, en gran parte y numero relacionadas con el encausamiento de efectos económicos al contrato de concesión de servicios públicos, es necesario también comentar la nueva atribución imputable a la administración para reducir la ganancia excesiva al concesionario. Ella en esencia nace de presumir las ventajas económicas que pueden derivarse de la explotación monopólica de un servicio público, sin que medie el efecto competitivo como control natural de estas ganancias excesivas. La doctrina al comentar esta facultad regulatoria de la administración que nace en virtud del contrato explica lo siguiente: “cuando un empresario obtiene grandes ganancias merced al abuso de un poder monopólico o

¹⁶⁹ *Ibidem* pág. 338.

¹⁷⁰ *Ibidem* pág. 338.

¹⁷¹ *Ibidem* pág 338.

de exclusividad concedido o licenciado por el Estado, debe devolverlas a los usuarios en lo que excede una ganancia razonable de acuerdo a las circunstancias del caso (por ejemplo, el riesgo que la inversión tenía es producto de sobrefacturación o de legítima evolución de los negocios etc.) Es el principio que surge de la ley de defensa del consumidor, ley de orden público que contempla la recomposición del contrato por el juez para ajustarlo al derecho.”¹⁷²

Pese entonces a la exposición efectuada sobre las nuevas realidades de la concesión de servicio público en una economía liberalizada, ahora resulta pertinente reflexionar también sobre este aspecto económico de manera específica y cómo se consolidaron las bases de la reforma administrativa que hoy sirve de sustento para comprender el nuevo entorno en el cual se desenvuelve la concesión de servicio público.

Para iniciar este análisis es conveniente hacerlo comentando que la reforma económica y administrativa en Argentina fue concebida inicialmente sobre aspectos claramente definidos que fueron objeto de planificación, mientras que otros aspectos tal vez algunos de mucha importancia fueron ajustados sobre la marcha de la reforma.

Ya identificado los aspectos medulares de la transición, la doctrina especializada ha precisado lo siguiente: “la celeridad de la decisión legislativa inicial que declaró a una gran parte de las empresas estatales sujetas a privatización, junto a mecanismos de delegación idóneos que hicieron posible que el poder ejecutivo nacional pudiera concretar, en poco tiempo, las medidas iniciales previas, indispensables para sentar las bases de cada privatización.”¹⁷³

Una vez se contó con la respectiva habilitación de orden legislativo, el gobierno avanzó rápidamente con el proceso de liberalización, declarando que muchas empresas estatales que se encargaban de la prestación de los servicios públicos fueran objeto de privatización, que en últimas estuvo enmarcada por la venta de la mayoría de las empresas sin que el gobierno a nivel central y local conservara ningún porcentaje de participación accionaria de carácter mayoritario en dichas empresas, quedando estas bajo el control de los inversionistas privados, ante lo cual se observa por parte de la doctrina que: “no hubo privatización que no incluyera la transferencia del control de la empresa al capital privado reservándose

¹⁷² Ibidem pág 339.

¹⁷³ CASSAGNE Juan Carlos. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Derecho Constitucional y Administrativo tomo III.” Universidad del centro educativo Latinoamericano. Editorial juris 2.002. pág 94.

al Estado, en algunos supuestos, una porción minoritaria de capital que como característica generalizada, no supero el 30%.”¹⁷⁴

Una vez fue definida la anterior regla que limito la participación estatal en el sector de los servicios públicos, se procuró desarrollar un sistema absolutamente transparente de subastas públicas, en donde los interesados es decir los inversionistas privados, podían acceder a procesos de información y de consultas formales e informales en torno a la elaboración de los pliegos de las respectivas licitaciones públicas. Este sistema de subastas para la asignación de la propiedad pública, como cualquier sistema de subasta para la asignación, permite que esta asignación se efectúe a la mejor oferta económica de compra “exigiéndose, cuando lo justifica la envergadura del servicio y la magnitud en el área de las inversiones, la presencia de un operador internacional de primer nivel. La mayor parte de las operaciones de privatización, particularmente aquellas efectuadas en el área energética, se caracterizaron por una gran transparencia que las distintas misiones oficiales enviadas desde el exterior se encargaron de destacar.”¹⁷⁵

Seguidamente la reforma desde el punto de vista de la planeación pública, se encargó fundamentalmente de organizar los mercados y de tratar de introducir la competencia en aquellas actividades donde esto es posible, y como consecuencia el régimen de servicio público, debe estar en una permanente adaptación a esta su nueva realidad competitiva y también a la adopción de las técnicas de regulación para controlar económicamente a las actividades de servicio público que son monopolios naturales.

Como lo dispuso la doctrina al comentar este proceso de acoplamiento, podemos destacar que: “actualmente, al haberse privatizado la casi totalidad de los servicios que antes prestaba el Estado a través de las empresas públicas, se plantea un nuevo problema de adaptación, ya que el régimen jurídico que condujo al estatismo resulta incapaz de modelar una realidad mucho más rica y fragmentaria que pone el acento en la calidad y eficiencia de las prestaciones, en el libre acceso a las redes (cuando es posible) y en la competencia comparativa.”¹⁷⁶

Se trata precisamente de reconocer que el nuevo sistema privatizado de servicio público, funciona bajo un objetivo primordial que responde a la introducción de la competencia y a la construcción de mercados competitivos, pero al mismo tiempo de reconocer que estos objetivos no pueden cumplirse a cabalidad y por lo tanto el

¹⁷⁴ *Ibidem* pág 95.

¹⁷⁵ *Ibidem* pág 95

¹⁷⁶ *Ibidem* pág 96

afianzamiento de la actividad competitiva se surte de maneras parciales, construyendo mercados competitivos y a su vez identificando los mercados imperfectos, donde la competencia es realmente imposible de lograr y se tiene en consecuencia apelar a medios alternos de control de precios como es la regulación administrativa de servicio público.

En ese caso la reforma del servicio público ocupó dos estrategias que se transformaron en sus mismas bases de sostenimiento, por un lado la implementación de la competencia con una construcción de mercados del servicio público y por otro el surgimiento de la función regulatoria del Estado en mercados de servicio público deficientes, en procura de la obtención de precios eficientes desde el punto de vista económico.

Ya sabiendo esto, es menester indicar de manera ilustrativa en que consistió la labor de introducir la competencia, pero especialmente en la construcción del mercado competitivo. De manera general la doctrina Argentina comentó lo siguiente: “La clave de la adaptación consiste en articular una serie de técnicas de equilibrio que establezcan reglas comparativamente razonables que rijan la actividad de las empresas que cuentan con privilegios de exclusividad zonal, introduciendo la competencia en cuanto sea posible en beneficio de los usuarios.”¹⁷⁷

En su defecto se puede mencionar a grandes rasgos, también los lineamientos básicos de la introducción de la función regulatoria, en voces de la doctrina en los siguientes términos: “Desde la competencia imperfecta regulada en función de los parámetros o modelos que rigen la gestión de empresas similares en la economía local, regional o internacional, hasta la segmentación de los mercados (donde la competencia surge en un ámbito creado por el propio Estado), así como el libre acceso a las redes de transporte y la apertura a las redes de distribución de grandes servicios públicos, como son el gas y la electricidad, muchas son las técnicas utilizadas que combinan la desregulación con el poder regulatorio que pasa fundamentalmente a cumplir la función básica de promover la competencia.”¹⁷⁸

En conclusión nos encontramos con que los dos grandes pilares de la reforma administrativa de los servicios públicos, tienen como objetivo la preservación de los efectos de la competencia en las relaciones económicas entre prestadores y usuarios, este objetivo se ha erigido como un principio orientador de orden constitucional dada su importancia, haciendo posible por esta vía, que la constitución se convierta en un instrumento para la planificación económica que

¹⁷⁷ *Ibidem* pág 96.

¹⁷⁸ *Ibidem* pág 97.

garanticen el cumplimiento de los objetivos de la reforma administrativa. Este punto ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina ante lo cual ella ha venido comentando lo siguiente: “El principio de la defensa de la competencia que va de la mano con el de subsidiariedad, ha adquirido en Argentina status constitucional al declararse interdicta cualquier forma de distorsionar los mercados (artículo 42 constitución nacional) e implica como regla general, que prevalece la gestión privada de los servicios, justificándose la gestión estatal sólo en supuesto de ausencia de toda posibilidad de que los particulares operen empresas de servicios públicos.”¹⁷⁹

Y es precisamente en esta compleja situación que emerge el principio de subsidiariedad en cuanto que la administración en la construcción de mercados eficientes debe efectuar un juicioso y esmerado análisis para identificar los mercados que al liberalizarse admiten con facilidad la introducción de la competencia, distinguiéndolos y separándolos de aquellos que se han constituido en verdaderos monopolios naturales. Si bien se ha distinguido por mucho tiempo que la actividad de derecho administrativo y en este caso el derecho administrativo Argentino, se centra por excelencia en el ejercicio de la función regulatoria, esta función desde luego se ha vuelto compleja y le ha exigido a la administración especializarse en la distinción de mercados deficitarios y eficientes, por ello puede afirmarse que es el Estado el encargado de orientar y construir los mercados de servicio público, pero también de direccionar la regulación económica a los mercados imperfectos. Estos fenómenos han sido bien descritos por la doctrina cuando manifiesta: “Con la apariencia de una paradoja puede advertirse que regulación y competencia se articulan de tal modo que el sentido que justifica la primera se encuentra en la segunda y viceversa y habida cuenta que para defender la libre competencia en los distintos mercados sean o no monopolios se acude a la técnica regulatoria cuya intensidad disminuye cuanto más perfecta sea la competencia. En este aspecto, la regulación aparece siempre como una consecuencia del principio de subsidiariedad o de gestión privada con lo que resulta fácil entender como el Estado de nuestros días pasa de la desregulación a la regulación.”¹⁸⁰

Este pues será el nuevo marco económico y normativo sobre el cual se desarrollara la concesión de servicio público, que ante una mayor apertura y acceso a los particulares para la prestación del servicio público en el derecho administrativo Argentino, se ha convertido en un instrumento muy empleado para vincular a los particulares a la prestación de los servicios públicos, pero ahora con una función más clara y novedosa, pues su empleo se decide a discreción de la

¹⁷⁹ Ibídem pág 97.

¹⁸⁰ Ibídem pág 97.

administración en mercado cerrados o abiertos a la competencia, cumpliendo siempre un rol económico muy específico. Hoy por hoy la doctrina especializada lo ha definido así: “el modo más típico de la gestión para la prestación de los servicios públicos continúa siendo la figura de la concesión de naturaleza contractual, por la que se otorga a una empresa privada el derecho de explotar (comercializar y distribuir) un determinado servicio público con o sin exclusividad. La concesión de servicio público (utilizada para el servicio de comercialización y distribución de energía eléctrica y la distribución de agua) va siempre acompañada de un régimen jurídico administrativo especial, por el que se le atribuyen diversos poderes al concesionario en el marco de su prestación a su cargo.”¹⁸¹

2.2.1.2 Capacidad y legitimación de las partes. En ese contexto y en el desarrollo del análisis propuesto se hace necesario el estudio de la capacidad y la legitimación de las partes para la celebración del contrato. En esencia y en relación con el particular contratista, debe formularse que la regla general está dada por la presunción de capacidad en virtud del principio de buena fe y esto en últimas constituye lo que se conoce como capacidad legal. Por otra parte, la capacidad natural no está sujeta a la dinámica de presunciones y puede ser objeto de causa de anulación en el evento de presentarse alguna evidencia de la ausencia absoluta de consentimiento.

En cuanto al estudio de la “legitimación del acto público para celebrar el contrato, se concreta a un examen de la legalidad de la actuación del órgano administrativo, hasta el punto de aceptarse en esta materia la llamada auto tutela de la administración que permite, en aplicación de procedimientos legales *ad-hoc* anular por decisión unilateral el contrato cuando el ente público crea apercibirse de haber actuado sin tener la competencia para hacerlo o con infracción de una norma constitucional o legal” ¹⁸². Pero aplicando con mucha frecuencia el principio de enriquecimiento ilícito a favor del particular. Por su parte, el profesor Cassagne en cuanto a la definición del contrato administrativo expresa que es “todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado, susceptible de producir efecto con relación a terceros.

¹⁸¹ BIELSA Rafael. “*Ciencia de la administración*” .Obra editada por la facultad de ciencias económicas, comerciales y políticas, Universidad Nacional del Litoral. Serie 1, Volumen I Rosario. 1937 Pág. pág 100

¹⁸²JOSÉ MELICH Orsini: “*El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato* Publicaciones jurídicas Venezolanas, Revista virtual N° 116 Caracas 15 de Noviembre de 1.999. Pág 42.

2.2.1.3 Las cláusulas exorbitantes como criterio de diferenciación. Esta importante definición nos permite emprender brevemente el estudio de otro de los elementos trascendentales del contrato administrativo y es, precisamente, el estudio de las cláusulas exorbitantes, que son inusuales en la contratación privada e incluso repudiada por la presunta vulneración que puede representar al principio de la igualdad contractual. Hoy por hoy, este régimen de exorbitancias se entiende tan perteneciente al contrato administrativo que su uso por parte de la administración se concibe como algo normal en el devenir de la práctica administrativa. Es claro que la administración se ha acostumbrado a beneficiarse de los privilegios que dicho régimen le concede y que se justifica en la medida en que ellas se convierten en un buen mecanismo para que la administración alcance sus cometidos de interés público, sin embargo la doctrina y la jurisprudencia han sido muy conscientes en que su uso no puede convertirse en una práctica indiscriminada que ponga en peligro los legítimos intereses del contratista privado y se ha esforzado hasta el cansancio en una continua repetición para señalar que su utilización debe estar precedida de un estricto apego y respeto a las formas y al procedimiento que la legalidad prescribe en cada régimen particular.

Es tal el poder de influencia de este régimen exorbitante en la concepción original y tradicional del contrato administrativo, que reconocidos tratadistas como Miguel Marienhoff han llegado al límite de señalar: “si en un contrato de naturaleza privado que celebre la administración de modo expreso tales cláusulas exorbitantes, convierte dicho contrato en administrativo porque se le reconoce a la administración prerrogativas de poder que no se conciben en los contratos entre personas particulares. Empero tales prerrogativas, se justifican solo para servir al interés general”.¹⁸³ Igualmente, para otros autores se hace recurrente que en el contrato administrativo se expresa la prevalencia de ciertas nociones como la expresión de la voluntad que, al ser estudiada en el contratante, puede percibirse de cierta manera la presencia de un sentido de colaboración. Esto, sin detrimento de que al mismo tiempo se produce un reconocimiento de unos legítimos intereses económicos, como suele ocurrir al estudiar los móviles que animan la contratación privada.

No obstante, en el contrato administrativo se acentúa con toda la fuerza el hecho de que la relación y los particulares se encuentren vivamente animados por un fin de servicio que, en últimas, como señalamos es el aspecto teleológico que motiva la causa de la contratación estatal y que justifica la utilización del régimen exorbitante. Al estudiarse el tema de la formalización de la voluntad en derecho público y en el probable desequilibrio contractual que podría generarse a favor del estado, es menester señalar que el interés particular está protegido por la ley y, como tendencia predominante en ciertos casos, por el principio *rebus sic stantibus* en aras de obtener como garantía la preservación del equilibrio económico o ecuación económica financiera del contrato. En esta misma dirección puede decirse que apuntaba el profesor Marienhoff, cuando manifestaba que “el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado

¹⁸³ Ibidem pág 42.

entre un órgano del estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas”.¹⁸⁴

Resulta en el orden de exposición propuesto ponderar de gran manera la definición efectuada por el profesor Escola, que es capaz de sintetizar con precisión los aspectos hasta ahora difundidos. En consonancia con lo expuesto, señala el profesor que los “contratos administrativos son todos aquellos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de esta”.¹⁸⁵

Finalmente el profesor Bercaitz. En síntesis, en una de las más completas definiciones, expresa el profesor Bercaitz que “los contratos administrativos son por su naturaleza, aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica.”¹⁸⁶

Complementando la anterior definición y en consonancia con las críticas promovidas a otros autores adjunta el profesor que los “contratos administrativos son aquellos que el legislador ha sometido a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que coloca al contratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público ni afectar su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva.”¹⁸⁷ De todas maneras, si a la hora de efectuar definiciones contenidas dentro del esquema del derecho público se trata, en verdad resulta de cuantiosa utilidad emprender una comparación con el derecho privado para que por esta vía se puedan encontrar diferencias que permitan comprender la dimensión de la institución estudiada. En este sentido se planteará a continuación el estudio de las diferencias que existen entre los contratos privados y los contratos de derecho administrativo.

2.2.1.4 Diferencias entre los contratos privados y públicos. Al respecto debe empezarse diciendo que el contrato de derecho privado tiene su inicio más marcado en el propio derecho romano, donde se distinguieron cuatro grandes categorías: “los contratos *RE* es decir los de carácter real que se perfeccionan con la entrega de la cosa; *VERBIS*, que reposan en el consentimiento; los

¹⁸⁴ Ibidem pág 43.

¹⁸⁵ Ibídem pág 50.

¹⁸⁶ Ibidem pág 51.

¹⁸⁷ Ibidem pág 51.

UTTERIS que constan de un reconocimiento del deudor e inclusive en los libros del acreedor; y los contratos *CONSENSU* , que comportan el acuerdo de las partes.”¹⁸⁸

De estas bases jurídicas implantadas y forjadas por el derecho romano puede decirse que ellas se mantienen incólumes, incluso en los conceptos de conocimiento, capacidad y sobretodo en el reconocimiento de su bilateralidad que le da origen a la noción del negocio jurídico. El otro hecho histórico de carácter trascendental en la historia del contrato está precisamente en los dogmas proclamados por la revolución francesa, pues ellos tuvieron un gran impacto en lo jurídico. Se recuerda como el individualismo del siglo XIX imprimió al contrato su regla moderna fundamental, que se caracteriza por someter esta relación al principio de igualdad desde su misma formación hasta su finalización. Principio que se debe en su mayor parte a la influencia del liberalismo económico y que como dogma puede verse claramente representado en las palabras del padre Lacordaire quien señalara que “entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el servidor, es la libertad la que oprime y es la ley la que libera.”¹⁸⁹

En cambio, la categoría de los contratos administrativos en realidad no es muy antigua y se puede decir con absoluta precisión que su aparición, tal y como se concibe, data del siglo XIX, dentro del derecho francés, con la denominación doctrinaria de *contractation administrative*, o sea la teoría de los contratos administrativos. Esta teoría hoy goza de una profunda aceptación y sus orígenes se remontan a una serie de fallos emitidos por distintas jurisdicciones francesas de donde podemos destacar el famoso *Arret* blanco, proferido por el Tribunal de Conflictos francés que fue instituido con un fiel apego al principio tradicional francés donde los jueces tenían negada la posibilidad de inmiscuirse en los asuntos de la administración.

No obstante, el aludido fallo: “postuló que en un contrato celebrado entre un particular y la administración correspondía al Consejo de Estado, y no a la jurisdicción civil, pronunciarse sobre la responsabilidad civil que pudiera derivarse del alegado incumplimiento del contrato que el particular imputaba a la administración.”¹⁹⁰ 30 años después, al pronunciarse en el famoso *Arret Terrier* del 6 de Febrero de 1903, se ratifica lo promulgado por el fallo blanco y se consolidan las bases de la existencia y aplicación del llamado contrato administrativo. “Desde este fallo del Consejo de Estado, la labor de este órgano de control de la observancia de la legalidad por parte de los órganos de la administración pública se concreta cada vez más en diseñar las condiciones que debían concurrir para que un contrato celebrado por una administración pública debía ser calificado como un contrato administrativo.”¹⁹¹

¹⁸⁸ Ibidem pág 55.

¹⁸⁹ Ibidem pág 55.

¹⁹⁰ Ibidem pág 55-56.

¹⁹¹ Ibídem pág 57.

Se produjo así una fuerte distinción doctrinaria que llegó hasta el punto de reconocer la inaplicación del ordenamiento general contemplado, para ser aplicado a los contratos celebrados por los particulares y que se regían en aquel entonces en Francia por el código civil y sus leyes complementarias. Este aspecto fue ampliamente ilustrado anteriormente en los fallos citados. Ya frente a estos antecedentes jurisprudenciales presentes en el derecho francés, resulta de gran utilidad proseguir con los criterios de distinción entre los contratos privados y los contratos administrativos efectuada en el trabajo del profesor Miguel Ángel Bercaitz, donde se produjo la elaboración de una serie de criterios que a continuación serán brevemente objeto de exposición.

El primer criterio planteado por el profesor es:

- El criterio subjetivo: en este criterio basta simplemente efectuar una simple comparación que consiste en determinar si una de las partes que intervienen en el contrato hace parte de la administración del Estado. De ser afirmativa esta comprobación se puede concluir que se está en presencia de un proceso de contratación administrativa.
- Criterio de la jurisdicción: este criterio consiste en admitir la existencia del contrato administrativo siempre y cuando, en caso de presentarse el eventual surgimiento de un litigio entre las partes involucradas, la jurisdicción competente para dirimirlo será la de lo contencioso administrativo.
- Criterio formal: consiste básicamente en establecer el procedimiento al cual se ciñe la administración para suscribir el contrato.
- Teoría del servicio público: para efectos prácticos y concretos en relación con el contrato administrativo, se puede argumentar que los defensores de esta teoría señalan que el contrato administrativo tiene como fin el servicio público.
- Teoría del contrato administrativo por su naturaleza: “León Blun sienta la doctrina de los contratos administrativos por su naturaleza; señalando que es necesario que ese contrato por sí mismo y por su naturaleza propia sea de esos que solo pueda concluir una persona pública.”¹⁹²
- Teoría por el fin de la utilidad pública: manifiesta que lo que realmente tiene la capacidad de definir el contrato estatal es una prestación de utilidad pública. Sin embargo para esta teoría es realmente vital hacer énfasis en que uno de los elementos que integran el contrato estatal sea la intervención de un sujeto de derecho público. No obstante, hoy por hoy en

¹⁹² LIRA UBIDIA Celia. “Concepto e identificación Del contrato administrativo.” publicado El 31 de Mayo de 2.006. ww.gestipolis.com/recursos/documentos/fulldocsleco1/contrapublica.htm

muchos círculos académicos se presenta una marcada resistencia a aceptar esta y la anterior teorías, ya que se ha dicho que actividades de la administración como comprar o vender un edificio de oficinas para una entidad estatal, contratar el suministro de comida para servidores públicos y muchísimos otros, son contratos administrativos y su régimen es el de derecho contractual del Estado, y la jurisdicción es la contenciosa administrativa. Pero no hay ni interés público ni interés general ni bien común involucrado.

- Teoría de la cláusula exorbitante del derecho común: esta es una muy interesante teoría que se ve reforzada por la influencia que ejerce en el contrato administrativo. Encuentra la posibilidad que tienen las entidades estatales de hacer uso de las cláusulas exorbitantes que exceden a cualquier facultad ínsita en el derecho privado. Para los sostenedores de esta teoría, la diferencia catedral que se presenta entre un contrato de derecho privado y uno de derecho público: “estriba en la existencia de cláusulas especiales insertadas exorbitantes del derecho privado que testimonian un régimen jurídico especial de derecho público.”¹⁹³ Esta técnica es plenamente acogida en Colombia; no obstante, las críticas no se han hecho esperar y se ha considerado como un absurdo el permitir su inclusión en contratos para la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Como antecedentes que favorecen la difusión y veracidad de esta teoría es preciso señalar la existencia de varios fallos de la justicia administrativa francesa. En tal sentido pueden apreciarse los famosos fallos del 23 de Diciembre de 1921, el del 23 de Julio de 1925 y el del 21 de Enero de 1938, que coinciden y reafirman el criterio de que en el contrato donde se hace latente la utilización de poderes, facultades, atribuciones especiales de la entidad pública se estará en presencia inequívoca de un procedimiento de contratación administrativa que derivará en el nacimiento y ejecución de un verdadero contrato administrativo. Es también útil señalar que bajo la perspectiva de esta teoría el principio del empleo de la cláusula exorbitante funciona a la inversa, pues no tendrá calidad de contrato administrativo el contrato que prescinda de este régimen de exorbitancias.

2.2.2 Elementos estructurales de la concesión de servicio público. Ya frente a las necesarias definiciones de rigor se ha venido señalando por la doctrina con respecto al acto concesional generalizado “que con la palabra concesión se expresa toda aquella serie de actos que la administración emite, unas veces para condicionar el ejercicio de ciertos derechos subjetivos, y otras para ceder a los particulares el uso de medios o condiciones para que desarrollen actividades de naturaleza especial, y aun en algunas para expresar relaciones bilaterales, trabajadas y mantenidas entre la administración con los ciudadanos.”¹⁹⁴

¹⁹³ Ibidem pág 12.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ DE VELASCO Recaredo. “*Los contratos administrativos*”. Librería General de victoriano Suarez. Madrid 1927. Pág. 237.

Del tenor literario de la definición expuesta por el Profesor Fernández de Velasco, se puede apreciar cómo la concesión, en un sentido general y amplio, se constituye en un sistema o método a favor de la administración, es decir en un verdadero instrumento administrativo que la faculta para trasladar competencias, que le son atribuibles a ella, a un particular para que éste las desarrolle o ejecute. En sí, el acto concesional puede tener múltiples connotaciones que dependerán de manera absoluta de la naturaleza de la función o conjunto de actividades que serán trasladadas a los particulares, ya que discrecionalmente se decide emitir para que pueda ser desarrollada por agentes ajenos a la entidad de orden estatal.

Este es el caso precisamente de la concesión de servicio público, donde la naturaleza de la actividad objeto de cesión se encuentra plenamente definida, pues se trata de la prestación mínima de un servicio público y de sus propias particularidades y reconocer su existencia. El mismo Fernández de Velasco ha expresado que “cuando se habla de concesión de servicios públicos, la primera de esas palabras se toma ciertamente en la acepción genérica que resulta de los significados que antes se mencionan, pero al calificar la concesión, como concesión que afecta los servicios públicos, se restringe su significado, y la frase adquiere su principal sentido en el de referirse, más que al medio jurídico y a la calificación del acto administrativo que parte, a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien se compromete a realizar concesiones.”¹⁹⁵

otros autores se han atrevido a fijar su propia posición, dejando con claridad expresiones como las emitidas por el Profesor Miguel Marienhoff, quien, al empezar a tratar el tema de la concesión de servicio público, propuso que ésta era “el acto mediante el cual el estado encomienda a una persona individual o jurídica, privada o pública, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público: Dicha persona llamada concesionario actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por el usuario o en subvenciones y garantías otorgadas por el estado, o en ambas cosas a la vez.”¹⁹⁶

Esto debido a que, según el contexto de esta referencia, en ningún momento se puede perder de vista que la actividad que será objeto de prestación por parte del particular colaborador está sujeto en todo momento al régimen jurídico del servicio público. En tal sentido se proclama con insistencia que, por más que se trate de una concesión, la actividad que se concede no pierde su carácter y significado de servicio público, como ocurre con algunas teorías modernas que al hablar de privatización afirman que por presentarse este solo hecho, es decir la conocida *despublicatio*, con ello basta para que la actividad pierda su carácter de servicio público.

¹⁹⁵ Ibidem Pág. 237.

¹⁹⁶ MARIENHOFF Miguel. “*Tratado de derecho administrativo Tomo III- B, contratos administrativos de los contratos en particular*”. Abeledo- Perrot, Cuarta Edición. Buenos Aires. Pág. 591.

En otros profesores, como el reconocido tratadista Jaime Vidal Perdomo, se presenta un muy interesante aporte, pues fue célebre su reconocimiento de la tendencia del derecho administrativo francés de mediados del siglo XX, donde se exponían aspectos revolucionarios del contrato administrativo como tal. Al respecto puede resumirse que el profesor Vidal Perdomo, creador y difusor de un verdadero precedente en el derecho de los contratos administrativos en Colombia, frente al fenómeno concesional como tal, escribió que “la doctrina y las jurisprudencias modernas presentan la concesión como un acto mixto, mitad reglamentario y mitad contractual. La parte reglamentaria es para el concesionario un acto –condición por el cual este acepta hacer funcionar el servicio según las reglas objetivas que la administración podrá modificar unilateralmente bajo reserva solamente de indemnizar al concesionario si rompe el equilibrio financiero del servicio. Cláusula reglamentaria son, pues, las que organizan el servicio, y contractuales, las que se refieren a las ventajas financieras del concesionario.”¹⁹⁷

Resulta también imperativo efectuar algunos comentarios acerca de la concesión de servicio público según la normatividad vigente (ley 80 de 1993 y ley 1150 de 2.007), pues ellas fijan los parámetros de funcionamiento jurídico del contrato objeto de estudio en Colombia. En un primer orden la concesión de servicio público parece a simple vista enmarcarse dentro de un modelo de tipología contractual definida y más propiamente dentro de la clasificación de contratos propios de la administración y realmente lo es, desde esta posición es decir dentro de los contratos que más hacen parte de la actividad funcional de la administración pública se suscribe con gran pertinencia el contrato de concesión de servicio público. Así lo ha sostenido la doctrina cuando argumenta que: “cuando el Estado contrata tiene modelos o figuras contractuales distintos de los que son conocidos en el comercio jurídico entre particulares. Existen efectivamente contratos administrativos que no se presentan con esas modalidades en el derecho privado tal es el caso de la concesión.”¹⁹⁸

Denota entonces la doctrina nacional la necesidad presente de llegar en la ley 80 de 1.993 a una enunciación de la concesión como uno de los pocos contratos sobre los cuales la ley de contratación estatal quiso emplear la técnica de la tipología contractual, es decir: “como contratos que toman un perfil administrativo se destacan: concesión, obras públicas, consultoría, empréstito, suministro, por ser exclusivo de la vida de la administración o por tener mayor o singular empleo dentro de ella.”¹⁹⁹ Desde luego esta técnica resulta siendo la excepción que impera pues en ella solamente se incluyeron los contratos objeto de mención, ya

¹⁹⁷ VIDAL PERDOMO Jaime. “*Derecho Administrativo General*”. Editorial Temis, Bogotá, 1961. Pág.224.

¹⁹⁸ VIDAL PERDOMO Jaime. “*Derecho administrativo*.” Editorial Legis. Décima tercera edición. 2.008 pág 373.

¹⁹⁹ *Ibidem* pág 374.

que “en esta materia la ley 80 de 1.993, sobre la base de realzar el principio de la autonomía de la voluntad (art 32), quiso-erróneamente eliminar la tipología contractual y allí solo se refirió a algunos contratos administrativos a título enunciativo.”²⁰⁰

Del autor en cita puede indicarse que una de sus grandes preocupaciones frente a la ley 80 de 1.993, se encuentra como acabo de analizarse en las discusiones que se han suscitado en torno al tema de la tipología de los contratos estatales y es por esta razón que en uso de buen juicio, uno de los elementos definitorios de la reforma contenida en la ley 80 de 1.993 y que impactan directamente el contrato de concesión de servicio público, es este nuevo principio de ausencia de tipología, que se ha podido comentar de manera extensiva en otros importantes trabajos como los efectuados por parte del profesor Santofimio Gamboa, ya desde una visión más personal y ante la insistencia de la doctrina de realzar el tema de la tipología del contrato administrativo y su relación con la concesión de servicio público, puede señalarse que esta ausencia de una rigurosa tipicidad ha permitido el afianzamiento de la autonomía de la voluntad y de las nuevas libertades contractuales de la administración, que otorgan un mayor margen de acción a las partes intervinientes en la celebración del contrato.

Desde luego este mayor margen de acción en la práctica se hace notorio al establecer un mayor grado de libertad para efectuar la configuración de la concesión, incluyendo la negociación de nuevos aspectos que facilitan la articulación y desarrollo del negocio. Tal y como se verá más adelante el reconocimiento de estas nuevas libertades resultan más convenientes para el diseño y desarrollo de la ley de asociaciones público-privadas. Pero el análisis no se detiene en este punto, también en una necesaria ambientación de la concesión de servicio público frente a la ley 1150 de 2.007 “se puede decir que tres son las grandes preocupaciones que se encuentran en el tema de la contratación pública: la de la teoría jurídica sobre la naturaleza del contrato del Estado; la moralidad pública o transparencia en los términos de la contratación pública; y la de suministro de recursos cuantiosos que se requieren hoy en día para emprender los costosos trabajos públicos.”²⁰¹

Estas sin duda constituyen apreciaciones muy interesantes de los elementos más influyentes de los nuevos regímenes de contratación, unas enfocadas con gran acierto al aumento de la libertad contractual y otras orientadas a decantar una nueva teoría de la contratación pública. No obstante sean cuales sean las razones que inspiran las nuevas dinámicas de desenvolvimiento de las leyes de

²⁰⁰ Ibidém pág 374.

²⁰¹ Ibidém pág 404.

contratación, su más importante influencia sobre él, puede ser englobada a manera de conclusión diciendo lo siguiente: “el clima político institucional y jurídico del país en 1.993 dio origen a un nuevo estatuto de los contratos de la administración pública. La influencia del neoliberalismo modificó los fundamentos del contrato administrativo inspirado en la tradición del derecho francés. El legislador quiso así crear una sola categoría de contratos: el contrato estatal, que recupera la idea de la convención surgida de la voluntad de las partes para brindar a la administración un instrumento flexible y dinámico de gestión administrativa.”²⁰²

Este mismo fenómeno tuvo ocurrencia en el derecho administrativo español, que también reconoció la plena aceptación de diversos tipos contractuales rehusando a la elaboración de una lista cerrada de contratos. En ese sentido la doctrina comento: “la diversidad de los tipos contractuales que puede utilizar la administración en el ámbito de su giro o tráfico peculiar al amparo de la libertad de pactos que le reconoce el artículo 4 de la LCAP, la administración podrá concertar los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público al ordenamiento jurídico o a los principios de la buena administración.”²⁰³

Pero esta transición a la libertad contractual que se ha venido exponiendo, se sigue ratificando en el pensamiento de muchos tratadistas Colombianos, que encuentran en este valor un importante punto de avance en las transformaciones de las relaciones contractuales de la administración, también desde el punto de vista evolutivo se puede identificar que el paso más trascendente en pro de su consolidación se da bajo la adopción del actual estatuto de contratación (LEY 80 DE 1993).

A modo de ejemplo puede indicarse que en el decreto 222 de 1983, se había presentado una excesiva reglamentación “bajo una fuerte concepción de control a todo nivel, el antiguo estatuto daba un tratamiento rígido al contenido del contrato, que estaba reglamentado minuciosamente tanto en los contratos administrativos como en varios de derecho privado de la administración. El contenido del contrato de obra, así como el de los contratos accesorios era objeto de varios capítulos.”²⁰⁴

En consecuencia si por algo tubo reconocimiento ese estatuto de contratación era precisamente por implementar una competencia reglada en materia contractual,

²⁰² Benavidez José Luis. *“El contrato Estatal entre el derecho público y el derecho privado.”* Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá. 2.004.

²⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. RAMÓN FERNÁNDEZ Tomas. *“Curso de derecho administrativo tomo I”* Editorial civitas. Madrid.1998. Pág 711.

²⁰⁴ Benavidez José Luis. *“El contrato Estatal entre el derecho público y el derecho privado.”* Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá. Pág 178.

del contrato estatal, afirma que se trata de todos los tipos de contratos de derecho privado, así como aquellos creados por las leyes especiales. Pero las donde cada uno de los contratos de la administración y sus elementos eran fijados detalladamente por el legislador, desde el punto de vista práctico estas rigurosas estipulaciones, ponían en funcionamiento el principio de legalidad administrativo, impidiendo a la administración salirse de los parámetros contractuales preestablecidos no solo en cuanto a los contratos existentes, sino también de muchos otros que pudieron ser útil para dinamizar la práctica administrativa.

Pero la posición contenida directamente en la ley 80 de 1993, rompe de manera dramática con estos conceptos y se afianza en la introducción de una libertad contractual que se hace manifiesta bajo aspectos y atribuciones jurídicas bien definidas. Al explicar este cambio la doctrina ha expresado lo siguiente: “Esta posición ampliamente reforzada por la ley 80, tiene una particular manifestación en el tratamiento del contenido contractual. Por una parte el artículo 32 de la ley 80, sobre la noción posibilidades no se limitan a las previsiones legislativas porque las entidades pueden crear los contratos innominados según sus necesidades. De otra parte, el artículo 40 recuerda una amplia libertad en la determinación del contenido contractual y autoriza a las partes contratantes a incluir todas las modalidades y condiciones consideradas por ellas como necesarias para el logro de los fines contractuales.”²⁰⁵

Puede igualmente sostenerse que esta evolución no solo se hace latente en la escogencia del tipo contractual y la determinación de sus cláusulas, sino que al mismo tiempo otorga nuevas facultades de tipo discrecional al permitir que la administración, también con libertad escoja el emplear los contratos tipificados en la ley 80 o haga uso de otros similares que se adapten más a una determinada necesidad administrativa, para explicar mejor esta facultad que expresa la libertad la doctrina ha mencionado lo siguiente: “La administración no está subordinada a los textos que prevén los contratos estatales y su contenido. Aunque el artículo 32 de la ley 80 de 1993 defina los contratos estatales más frecuentes (obra, prestación de servicios, consultoría, concesión y fiducia), tanto el primer inciso del artículo como el consejo de Estado explican que se trata de ejemplos enunciativos y no taxativos, la entidad estatal contratante los puede emplear si los encuentra útiles para sus objetivos, pero también puede recurrir a cualquier otro tipo de contrato comercial o civil, como lo prevé expresamente el artículo 32, sin que ello signifique que en estos casos está fuera del campo de los contratos estatales.”²⁰⁶

²⁰⁵ Ibídem pág 180.

²⁰⁶ Ibídem pág 182.

También es posible establecer en favor de la administración una capacidad de modulación de los contratos típicos contenidos en la ley 80 de 1.993, para poderlos ajustar a sus necesidades y requerimientos, en donde se destaca ante todo una capacidad de ajuste de los únicos modelos contractuales contenidos por el legislador en la ley 80 de 1.993. Pero la libertad contractual de la administración como uno de los aspectos centrales de la reforma no se agota allí, si bien se han empleado varias líneas a explicar la naturaleza de las libertades contractuales como consecuencia que surge de la no inclusión de la tipicidad. Así mismo existen libertades que se enmarcan y direccionan a fortalecer otros aspectos decisivos de la administración, se trata precisamente de una libertad que se concreciona en el hecho de ofrecer a las entidades la posibilidad de efectuar una escogencia de las actividades que pueden sí o no ser objeto de contratación con los particulares, en consonancia se “atribuye a la administración amplia libertad en la organización del servicio. Es libre de decidir si determinada gestión será prestada directamente por ella o si es más conveniente contratarla. La determinación de una u otra forma de prestación del servicio refleja una determinada política frente a la función administrativa y obedece a razones del servicio que no son objeto de control por el contencioso administrativo.”²⁰⁷

Esto nos permite intuir de igual manera a como ocurre en el derecho administrativo Colombiano, que la no tipificación se convierte en una vía de escape al exceso de rigor, en el sentido de entender que son solo contratos administrativos aquellos que han sido estipulados y nombrados expresamente en la ley de contratación. Como puede observarse más adelante en el desarrollo de esta investigación, cuando se aborden las nuevas tendencias del sistema concesional bajo la égida de las asociaciones público privadas, nos daremos cuenta que este abandono de la técnica tipificadora, resulta siendo un pilar fundamental para albergar dentro del ejercicio de las competencias de los operadores jurídicos un mayor y más amplio margen de libertad para configurar los contratos, siendo este el nuevo principio que da cabida para la configuración de las asociaciones público privadas.

Pero otro de los aspectos definitorios del régimen de servicio público Español aplicable a la concesión de servicio público subyace de la interpretación de las tendencias económicas predominantes en España y que apuntan a la gestión privada de los servicios públicos. En ese orden de ideas la concesión de servicio público se erige como una alternativa válida para que los particulares efectúen una gestión integral de los servicios públicos, las razones explícitas para apelar a ello se ven expuestas en la doctrina que sobre el particular ha manifestado: “La

²⁰⁷ Ibidém pág 183.

concesión de servicio público ha sido una de las figuras claves de la administración tradicional, porque partiendo del prejuicio liberal contra la capacidad mercantil e industrial de la administración, venía a resolver el problema de la gestión de servicios públicos cuya explotación requería una técnica empresarial interponiendo para dicha gestión una empresa privada. Se desdobra así, por una parte, la titularidad del servicio, que retiene en todo caso la administración concedente, y por otra la gestión de un servicio de naturaleza predominantemente económica o que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, el cual se entrega a un concesionario privado que es, por lo tanto, quien asume los riesgos económicos de la explotación resarcándose con las tarifas que se autoriza percibir de los usuarios,”²⁰⁸

Resulta también importante mencionar la influencia directa que la constitución Española de 1978, ha ejercido sobre el diseño normativo de las leyes de contratos, en un primer orden puede mencionarse que esta influencia puede consistir en producir efectos económicos en aspectos concretos, por ejemplo de esta manera la ley de contratos puede convertirse en un instrumento económico, gracias a la constitución para ejercer una intervención en temas o aspectos que la norma suprema autoriza. Y si la ley de contratación se ha convertido en un instrumento normativo para la intervención económica, con más veras lo serán los contratos estatales que cumplen con funciones económicas específicas. Por ello puede desde Ya ir reconociendo el nuevo carisma económico de los contratos estatales, pero muy especialmente de la concesión de servicio público. Es el caso de la concesión y su relación con el monopolio de servicio público. Si bien en la presente investigación se dedica una buena parte del tercer capítulo a analizar esta relación, pero más en detalle a analizar la concesión de servicio público como medio jurídico y económico para la regulación de monopolios naturales, puede también comentarse de manera previa, que esta vinculación del tema concesional en España como antecedente, también había presentado este mismo direccionamiento. Para sustentar esta posición de manera más ilustrativa la doctrina ha señalado que: “No podemos dejar de mencionar que la misma constitución Española de 1978 le introduce otro fundamento más a dicha institución: Es nada más y nada menos que el reconocimiento del sector público de la iniciativa en materia económica -Art 128-, por ejemplo, el caso de la concesión, que es un verdadero contrato administrativo, se usa para evitar los monopolios. La manifestación de esta actividad administrativa puede traducirse en la declaración que por la ley se hace de un servicio público esencial para posteriormente reservarlo de manera exclusiva al Estado en régimen de

²⁰⁸GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. RAMÓN FERNÁNDEZ Tomas. “*Curso de derecho administrativo tomo I*” Editorial civitas. Madrid.1998. pág 716.

monopolio u otorgarlo en concesión al particular para que asimismo lo explote en régimen de monopolio.”²⁰⁹

Esta desde luego puede ser para esta investigación la función económica mas pertinente para analizar y valorar, pues esta mención se constituye en un precedente muy valioso en cuanto al reconocimiento del contrato estatal como un importante instrumento de orden económico. Pero la afinidad de la contratación pública Española con aspectos funcionales dirigidos a producir efectos económicos no se detiene allí: “También la contratación actual puede ser considerada con base en la previsión constitucional del artículo 40.1 que reconoce que los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico, Así como la realización de políticas orientadas al pleno empleo y a la utilización racional de los recursos naturales.”²¹⁰

Dentro de todo este reconocimiento y posicionamiento actual de la doctrina, es vital llamar la atención de ciertas modificaciones que se presentaron dentro del derecho español, que si bien no representan un cambio sustancial en la esencia de la figura concesional del servicio público, si implicaron una modificación en la denominación del contrato. Esta situación es de gran significación, pues trajo consigo grandes implicaciones, ya que esto representó que en la doctrina española a partir del surgimiento de estas modificaciones de denominación pero no de concepto, se empezara a tratar el tema de forma diferente. Todo ello surgió como lo explican los profesores García de Eduardo Enterría y Tomás Ramón Fernández con la expedición de la LCAP (Ley general de los contratos hoy derogada pero que constituye un importante precedente en el análisis de la figura contractual en comento) ya que en ella se produjo en España toda una tipificación de los contratos estatales. Se estableció la denominación de los seis grandes contratos estatales españoles, dentro de los cuales se pueden encontrar los contratos de ejecución de obra, la gestión de servicios públicos, la realización de suministros, que son los contratos nominados tradicionales en el orden jurídico en España, adicionados a los de asistencia, los de consultoría y asistencia, los de servicios y los de trabajos específicos.

Dentro de las grandes modificaciones, tal y como se comentaba anteriormente, se encuentra la denominación efectuada por la LCAP, quien si bien consolidó y ratificó el concepto preexistente en anteriores legislaciones, que reconocieron al contrato de concesión de servicios públicos como contrato de gestión de servicios

²⁰⁹ EXPÓSITO VÉLEZ Juan Carlos. “*La configuración del contrato de la administración pública en derecho Colombiano y Español.*” Universidad Externado de Colombia. Primera edición 2.003. Bogotá. Pág 340.

²¹⁰ *Ibidem* pág 354.

públicos, lo realmente novedoso de la LCAP, como lo comenta la más autorizada doctrina española, se encuentra en que “el contrato de gestión de servicios públicos ya no es una figura contractual definida, no obstante el uso de una denominación singular (el contrato de gestión). Por el contrario, bajo esa rúbrica común se encubre una pluralidad diversa de técnicas contractuales. Lo que la rúbrica expresa, más que un tipo contractual definido, es una simple técnica de gestión de los servicios públicos, la gestión llamada indirecta o por medio de empresas, por oposición a la gestión directa o realizada por los propios medios administrativos, incluyendo entre estos los entes instrumentales. Así resulta con toda claridad de los artículos 155 y 156 LCAP; el primero, refiriendo al supuesto tipo contractual a cualquier encomienda a una persona natural o jurídica de la gestión de un servicio; El segundo enunciado el principio de que la administración puede gestionar indirectamente mediante contratos los servicios de su competencia; el párrafo segundo del artículo 155 excluye de esta regulación los supuestos de personificación de servicios mediante entes públicos instrumentales o sociedades mercantiles propiedad del Estado”.²¹¹

En otras palabras, la presente ley admitió que la gestión de los servicios públicos es toda una generalidad que no se circunscribe a un contrato único tipificado, como si se tratara de una específica estructura obligacional, sino todo lo contrario. Esta gestión de servicio admite tanta pluralidad de figuras contractuales como medios de colaboración existan y que permitan a los particulares la prestación de los servicios públicos. Así parece establecerlo el artículo 157 de LCAP, que formula la existencia de cuatro contratos diferentes que permiten la prestación de servicios públicos por parte de los particulares y que bajo la estricta terminología de la ley son enunciados como modalidades de gestión de servicios públicos. Al respecto comentan los profesores españoles anteriormente citados que “en realidad son cuatro contratos perfectamente diferenciados en cuanto que cada uno tipifica estructuras obligacionales distintas de incorporación de particulares a la gestión de los servicios públicos; son los contratos a los que el precepto llama concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.”²¹²

En estricto sentido, esta unificación de tipos contractuales dentro de la figura general de contrato de gestión de servicio público no es otra cosa que la sumisión de todas las modalidades contractuales de gestión indirecta de los servicios en una sola tipología contractual. Sin embargo y muy a pesar del empleo de esta técnica de recopilación y organización legislativa, bajo la denominación general de

²¹¹ GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo- RAMÓN FERNÁNDEZ Tomas. *Curso de derecho Administrativo I*”. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1997. Pág. 715.

²¹² *Ibidem* Pág. 716.

contrato de concesión de servicio público, los tratadistas citados han afirmado que “la gran figura contractual que ha dominado y sigue dominando esa forma de gestión es la concesión de servicios públicos, que ha sido una de las figuras claves de la administración tradicional porque, partiendo del prejuicio liberal contra la capacidad mercantil e industrial de la administración, venía a resolver el problema de la gestión de los servicios públicos cuya explotación requería una técnica empresarial interponiendo para dicha gestión una empresa privada.”²¹³

Ahora bien, si en el derecho administrativo español se ha reconocido la existencia de varias modalidades contractuales dentro de un mismo tipo contractual general, como es el contrato de gestión de servicio público como se Señaló por voces de los profesores Ramón Fernández y García de Enterría, es apreciable que dentro de todos ellos exista una primacía del antiguo contrato de concesión de servicio público tal y como lo conocemos. Resulta igualmente útil mencionar estas diferentes modalidades para efectos eminentemente ilustrativos. Por supuesto, para exponer tal aspecto es el mismo artículo 151 de la LCAP el que hace su expresa mención contemplando las 4 modalidades al tenor de los siguientes términos:

- **Concesión:** Es el tipo contractual clásico y tradicional y se define muy brevemente tan solo señalando que el empresario privado es quien afronta de manera exclusiva los riesgos y beneficios de la explotación del servicio.
- **Gestión interesada:** En esta modalidad, la administración con la cual se contrata es la misma encargada de recepcionar todos los riesgos generados por la explotación del servicio público. Así esta explotación se adelanta por medio de una empresa gestora a la cual se le retribuye mediante una participación de los beneficios obtenidos. Pero la LCAP en su momento señalado que se admite la repartición de riesgos entre el empresario y la administración, y que tanto los riesgos y beneficios pueden ser pactados de acuerdo al porcentaje que libremente sea convenido por las partes intervinientes en el contrato.
- **El concierto:** Es una fórmula de emergencia de duración limitada (8 años), que consiste simplemente en formalizar un acuerdo entre la administración y una empresa para que realice actividades tendientes a la prestación de los servicios públicos.
- **Sociedad de economía mixta:** Se pueden crear sociedades de economía mixta por parte del ente estatal concedente, sociedad que finalmente se

²¹³ Ibídem Pág. 716.

convertirá en contratista de la administración con las obligaciones y derechos propios del concesionario. Es de anotar que para la conformación de la sociedad de economía mixta se exige la formalización de un requisito previo que consistirá en la suscripción de un contrato de sociedad con participación de capital tanto público como privado para la constitución del ente social.

Igualmente se ha previsto que la prestación de servicio se puede adelantar mediante arrendamiento de las instalaciones donde la administración es titular del mismo. Por lo tanto y ya para concluir este punto especial de la aparente variación doctrinal española - que no es más que un problema de denominación - se dirá que “no hay un contrato de gestión de servicios públicos; hay una pluralidad contractual muy matizada y diferenciada para dar cabida a la gestión indirecta de los servicios públicos como resulta natural. Este aserto incluso resulta aplicable dentro de la figura contractual más definida en este ámbito, en el de la concesión de servicios públicos. La concesión puede ser concesión de obra pública (construcción previa de una instalación con este carácter), por ejemplo ferrocarriles, carreteras, autopistas para su ulterior explotación porque la obra pública está ya construida o porque no se requiera este último, por ejemplo en las concesiones regulares de transporte por carretera.”²¹⁴

Estas últimas concesiones son consideradas como de orden industrial, precisando que se trata de verdaderas actividades industriales y no de servicios públicos. Es conveniente aclarar que si se está haciendo referencia al transporte de pasajeros es claro que es un servicio público en la terminología convencional y, en todo caso sujeto a regulación y vigilancia estatal. La justificación de la intervención en esta situación estaría en la posición dominante que usualmente tienen los prestadores al tener asignadas rutas especialmente en el transporte urbano (de no ser así la congestión de tráfico se potenciaría). En el transporte de carga, si es por ferrocarril, vías exclusivas o tuberías, la justificación se da porque se trata de monopolios naturales. Sin embargo, pueden no regularse mediante concesiones sino por medio de licencias. En este caso, lo realmente importante es que cada concesión tiene su propio régimen regulador que no se encuentra propiamente contenido en la ley general de contratos, sino en el régimen que define propiamente cada actividad que será objeto del sistema concesional.

Estos antecedentes normativos de la concesión de servicio público en el derecho español presentes en la LCAP tal y como lo señalamos, hoy ya se encuentran superados por una ley de contratos nueva, la ley 30 de 2.007, en ella se efectúa

²¹⁴ Ibídem Pág. 718

una consagración muy genérica de la gestión de servicios públicos en los siguientes términos: “El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una administración pública encomienda a una persona natural o jurídica , la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la administración encomendada.”²¹⁵

No obstante y pese a la simplicidad de la redacción en el contrato de gestión de servicios públicos y sin existir una remisión expresa a la ley anterior, sigue conteniendo las mismas modalidades operativas que se presentaron en la LCAP es decir: La concesión, la gestión interesada y el concierto. En tal sentido y pese a la mencionada simplicidad de la definición aportada por la ley, es bueno entender que existe ya una tradición consolidada frente a lo que desde el punto de vista jurídico se entiende como contrato de gestión de servicios públicos, pues las tres diferentes modalidades contractuales se entienden ya como variaciones permitidas y admisibles de contrato de gestión. Esta novedosa postura del derecho Español ha permitido configurar el contrato de gestión de servicios públicos en las aludidas tres modalidades anteriores, aportando a la administración tres modelos operativos bien diferenciados que se emplean según sea mejor la conveniencia.

De este modo ha sido la doctrina y especialmente la jurisprudencia las que ha través de los años han efectuado una sistemática construcción del contrato de gestión de servicios públicos y de sus diferentes modalidades. Ya explicados estos pormenores es importante proseguir con la colaboración de la doctrina en la definición de los mencionados contratos en la nueva ley 30 de 2.007. Ya frente al contrato de gestión de servicios públicos.

En un primer orden ha manifestado la doctrina frente a la concesión establecida en la ley 30 que: “La concesión, como primera modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, es aquella por la que el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura, lo que determina, en último término, la transferencia de los principales riesgos del contrato al adjudicatario del mismo. Esto no impide, al igual que sucede con el contrato de concesión de obra pública, que la administración deba restablecer el equilibrio económico de la concesión en el momento en que este se rompa.”²¹⁶

²¹⁵ Ley 30 de 2.007 art 8.

²¹⁶ De Carvajal Fibla Borja Colón. “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: Una perspectiva jurídica politológica y emocional.” Bubok publishing, S.L. Valencia España. 2010. Pág 30

Es propio de este contrato imponer una clara obligación al Estado, que consiste en ayudar al concesionario, especialmente compartiendo con este los riesgos que de forma imprevista puedan acaecer en el desarrollo normal del contrato, lo cual tiene una clara finalidad de derecho público consistente en evitar los eventos o situaciones que amenazan con paralizar el servicio público concedido y su prestación permanente. Esto ocurre en cuanto a la concesión como primera modalidad del contrato relacionada con la prestación de los servicios públicos, pero también en esta ley se mantuvo la gestión interesada como una modalidad contractual para la prestación de los servicios públicos, ya frente a esta precisa modalidad la doctrina al describirla viene sosteniendo que: “La gestión interesada, como segunda modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, supone que la administración y el empresario participen en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato, con lo que el reparto de riesgos inherentes al mismo ya no favorece, al menos en la teoría a la administración pública.”²¹⁷

Esta distribución del riesgo con frecuencia se ha sustentado que la gestión que efectúa la administración se emprende a su propio riesgo y ventura, con la simple colaboración del particular a la que se recompensara a través de una participación en los beneficios. Es de precisar que esta variación en la aceptación e imputación de los riesgos contractuales admiten una definición en la documentación preparatoria del contrato de los derechos y obligaciones de las partes, de forma, que la colaboración público privada pueda perdurar en el tiempo tanto en los periodos fijados contractualmente como en el equilibrio financiero que enmarca el retorno de las prestaciones efectuadas por las partes.

Igualmente se mantuvo en esta ley el concierto como tercera modalidad de gestión contractual, frente a ello menciona la doctrina que: “En tercer lugar, nos encontramos el concierto con una persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Esta modalidad se utiliza, tradicionalmente, en aquellos servicios públicos que se ofrecen en régimen de concurrencia con el sector privado y en las que la prestación que realiza la administración pública puede ser insuficiente.”²¹⁸

Finalmente, la cuarta y última modalidad de gestión de servicios públicos es la sociedad de economía mixta en la que la administración participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, en la gestión del citado servicio. “Esta fórmula concreta, que adopta diferentes

²¹⁷ Ibidém pág 31

²¹⁸ Ibidém pág 31

denominaciones en el derecho comparado, tales como, *kooperations modell*, *Joints ventures* o *sociétés d Economie mixte*, encuentra su referente comunitario en la comunicación interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública-privada institucionalizada (C.P.P.I) del 5 de Febrero de 2.008.²¹⁹ Los mencionados contratos de por sí ya no son analizados por la doctrina desde una perspectiva tradicional en cuanto a la definición de sus elementos jurídicos, pues en verdad estos pormenores operativos si bien no han perdido vigencia, ya han sido estudiados por la doctrina de manera consistente y reiterada, por ello hoy la nuevas publicaciones doctrinales hacen referencia a ellos quizás desde sus aspectos más novedosos y de su utilidad práctica.

Hoy se registra en relación a estos contratos un importante fenómeno de reposicionamiento, pues las formulas contractuales aludidas dado el alto nivel asociativo que comportan y su capacidad de vinculación de capital privado a la gestión de un servicio público, se han erigido como formulas validas para incentivar nuevamente y de manera continua la estructura financiera de actividades económicas que como los servicios públicos no han escapado a la crisis económica Europea. De este modo reconoce la doctrina que: “Durante muchos años estas formulas contractuales se han usado de forma exitosa, pero sin el reconocimiento que merecía, puesto que nuestro ordenamiento jurídico las calificaba formalmente como contratos administrativos típicos, siendo, en cambio, además de eso, auténticas *Public Private partnerships* o asociaciones público privadas que con tanta fuerza se habían ido implantando en los países de nuestro entorno durante las décadas de los 90’ S”²²⁰

Ya dentro del tema de las asociaciones público privadas en la ley Española de contratos estatales, se puede establecer una variación a la denominación general de las asociaciones público privadas en la nueva ley española de contratación estatal, que las ha denominado como las asociaciones contractuales, este contrato fue oficialmente consagrado en el artículo 11 de la ley 30 en los siguientes términos y condiciones: “Artículo 11. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una administración pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización

²¹⁹ Ibidém pág 32

²²⁰ De Carvajal Fibla Borja Colón. “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: Una perspectiva jurídica politológica y emocional.” Bubok publishing, S.L. Valencia España. 2010. Pág 24-25.

de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenden algunas de las siguientes prestaciones:

a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o gestión.

b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.”²²¹

Es en consecuencia la primera vez que una ley Española de contratación, efectúa una expresa consagración de las asociaciones público privadas, otorgándole especialmente a este sistema de asociación la connotación de un contrato típico de la administración. Este tipo de desarrollos legislativos dada su importancia para el caso Español, ostenta un origen preciso en instrumentos internacionales, en este caso en el derecho comunitario Europeo, que ya había tenido la oportunidad de legislar sobre este tema, ratificando la necesidad de una norma unificadora Europea sobre el funcionamiento de estas asociaciones. “En este sentido, la comisión Europea, en fecha de 30 de Abril de 2.004, aprobó el libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, cuyo objeto y finalidad era el de dar inicio un debate en torno a la mejor manera de garantizar que las operaciones de colaboración público privada puedan desarrollarse en un ambiente de competencia real y claridad jurídica.”²²²

Una de sus principales características es que es un contrato típico y también administrativo, debido a que siempre será la administración pública una de las partes involucradas en el contrato, pero en cuanto a su tipicidad si existen algunas puntuales observaciones, tal y como lo precisa la doctrina, que al respecto expresa que en cuanto a “La definición de los contratos de colaboración público-

²²¹ Ley 30 de 2.007 Artículo 11.

²²² Vives de la Cortada Joaquín. “Guía sobre la nueva ley de contratos del sector público.” El derecho grupo Francis Lefebvre. España 2.010. pág 134.

privada es imprecisa y deja abierta la posibilidad de que administración y contratista concreten los elementos del contrato en cada caso concreto.”²²³

Esta postura de la doctrina es coincidente, cuando en repetidas ocasiones se ha sostenido cómo el contrato de asociación público privada desafía las tradicionales posturas de tipicidad administrativa, convirtiéndose en un instrumento jurídico dotado de inmensa flexibilidad, virtud sobre la cual se ha precisado, permite el alcance de los objetivos de la asociación público privada. Para la concreción de esta flexibilidad, la ley Española de contratos precisa de una actuación global e integrada cuyo objeto contractual responde en todo momento a la financiación de inversiones inmateriales de obras o suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público, que pueden condensarse en dos grandes actuaciones autorizadas a la administración, dirigidas por la vía contractual al desarrollo de prestaciones de servicios públicos o actuaciones de interés general que le hayan sido encomendadas.

Este puede realmente ser un amplio margen de aplicación que se ha restringido en algunas normas de la ley que le han dado la categoría de contrato residual de la administración. Por vía de ejemplo podemos citar: “En el apartado 2 del art. 11 de la LCSP, se precisa que solo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se ha puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras formulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. El precepto- introducido en el trámite de enmiendas en el congreso de los diputados ha querido precisar el carácter residual del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que es subsidiario respecto de otras figuras contractuales.”²²⁴

Pero en realidad de verdad, esta es una tarea de absoluta complejidad, dado que el contrato de colaboración público privado no ofrece mayores puntos de divergencia y deslinde con los contratos administrativos centrales, como el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de concesión de obra, complejidad que se hace más evidente cuando los contratos de asociación público privada, pueden tener como objeto principal la gestión de un servicio público y la construcción de una obra pública y su respectiva explotación. En consecuencia la asociación público privada parte de la existencia de los contratos tradicionales, pero aun así la ley 30 en el artículo 11.1 ha agregado una lista de específicas

²²³ Moreno Molina Jose Antonio. Pleite Guadamillas Francisco. “La nueva ley de contratos del sector público. Estudio sistemático” La ley grupo Walters kluber. Madrid 2.008. pág 916.

²²⁴ Ibidém pág 917.

funciones que hacen aún más compleja la situación para el contrato de asociación público privada, pues: “Se identifica como prestación en la cpp: la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.”²²⁵

Por su parte se puede dirimir esta controversia señalando que la calificación dada tanto por el derecho nacional como por las partes. No tiene ninguna incidencia en la calificación jurídica de estos contratos a efectos de la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. “Pues bien, en el libro verde de la comisión europea sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, se destaca que el contrato de concesión se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población en lugar del socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera el contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos.”²²⁶

A nuestra consideración, bien parece que esta tampoco puede considerarse como un criterio de diferenciación, toda vez que los sistemas empleados para captar de los usuarios peajes o tarifas que pagan la financiación, pueden ser empleados bien en los regímenes contractuales concesionales, como en el mismo contrato de asociación público privada. Incluso la misma cuestión puede predicarse del vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final como criterio también de diferenciación, pues tanto en los contratos de concesión, como en el contrato de asociación público privada, acaece el mismo vínculo jurídico directo, sin que esto pueda servir de correcta demostración de las diferencias presentes en las dos instituciones.

En ese orden de ideas y si el contrato de asociación público privada, presente en la ley 30 de 2.007, es un contrato residual, necesariamente se tiene que entrar a demostrar por parte de la administración, que su uso se efectúa cuando el régimen concesional tradicional no sule las necesidades del servicio, dicha demostración no podrá argumentarse con fundamento en las diferencias sustanciales presentes en los dos contratos que son prácticamente inexistentes, por lo tanto esta justificación podrá forjarse utilizando otros argumentos, en este caso todos

²²⁵ Ley 30 de 2.007 art 11. Num 1

²²⁶ Moreno Molina Jose Antonio. Pleite Guadamillas Francisco. “La nueva ley de contratos del sector público. Estudio sistemático” La ley grupo Walters kluber. Madrid 2.008. pág 917-918.

dirigidos a ponderar a favor del contrato de asociación público privada las concebidas ventajas que le otorgan su régimen financiero de consecución de recursos en los mercados internacionales.

De todas formas se han estructurado complejas técnicas financieras para la selección y evaluación del tipo de contrato a elegir, este es el caso del comparador público privado, que permite en muchas legislaciones efectuar bajo el estudio de ciertos parámetros financieros un estudio pormenorizado de las opciones que son más ventajosas para la administración en cada caso concreto, lo que la faculta para tomar la mejor elección. Ya en relación a este mecanismo de selección se ha mencionado lo siguiente: “Se define al comparador público-privado como una metodología que compara el costo neto en valor presente y ajustado por riesgo para el sector público de proveer un proyecto de referencia, y el costo del mismo proyecto ejecutado a través de una asociación público privada.”²²⁷

Precisamente cuando se hace necesario su empleo, para adecuarlo a la utilidad y funcionalidad de las asociaciones público privadas, se ha reconocido su instrumentalización que se direcciona al desarrollo de una evaluación, entre los sistemas contractuales APP y los contratos administrativos ordinarios. Precisamente este comparador se concibe hoy como un importante mecanismo administrativo, que ayuda a ponderar las necesidades de todo proyecto de infraestructura, evitando que la administración caprichosamente efectúe una selección del contrato en el ordenamiento jurídico administrativo que probablemente no se ajuste a las verdaderas necesidades del servicio: “El comparador público-privado es una ayuda metodológica al proceso de toma de decisiones de la inversión pública, que entrega un resultado objetivo, a través de un procedimiento claro, que evita la discrecionalidad de las decisiones y apunta a que las a que las reglas sean aplicadas por igual y de manera transparente a todos los proyectos.”²²⁸

Esencialmente el comparador público privado, se estructura bajo el concepto de valor por dinero (value for Money), y es en realidad una completa comparación de lo que costaría desarrollar un proyecto mediante el empleo de una asociación público privado y un contrato administrativo tradicional. Lo importante del análisis que se ejecuta bajo este método es que los costos serán estimados teniendo en cuenta la política estatal de riesgos contractuales, Estructurada para cada esquema de desarrollo de infraestructuras o como se ha mencionado: “El valor por

²²⁷ www.mef.gob.pe/index.php?

²²⁸ Asociaciones público privadas en Colombia. Ministerio de hacienda y crédito público-subdirección de banca de inversión. Departamento Nacional de planeación-gerencia de participación privada en Colombia. Diciembre 2.010

dinero (upd) se define como el resultado de la comparación del valor presente de los costos ajustados por riesgo de desarrollar un proyecto bajo el esquema de proyecto público, al que se denomina también proyecto público de referencia (PPR) incluye los costos de operación y mantenimiento en que incurre la entidad pública, con el valor presente de los costos ajustados por riesgo del mismo proyecto desarrollado bajo un esquema APP.”²²⁹

Como puede analizarse, El aspecto central del comparador público privado como método de selección del contrato, se centra en la ponderación y en el manejo de los riesgos que cada sistema efectuó en cada proyecto. “En este sentido, para llevar a cabo un proceso de adjudicación de contratos adecuadamente gestionado, es necesario considerar anticipadamente, y durante la etapa del proyecto más temprana posible, cuáles serán los principales factores de incidencia sobre el vpd (incluyendo los principales riesgos del proyecto y su asignación e impacto)”²³⁰

En muchos casos la tendencia predominante apunta en APP a que los Estados trasladen la mayoría de los riesgos al contratista, pero este es un error producto de la temeridad, generalmente de Estados que empiezan a implementar el sistema. En esta situación específica el comparador público privado siempre arrojará como más conveniente el empleo de APP, para la consecución de proyectos. Esto ha sido reconocido como una mala práctica administrativa, que trastorna el buen funcionamiento del comparador, pues la experiencia ha demostrado que es un error financiero producir una asignación de riesgos de este modo y se ha hecho necesario en pro del éxito de los proyectos efectuar una distribución eficiente de los riesgos contractuales.

De este modo, poco a poco los Estados han ido asumiendo riesgos que logran objetivizar el empleo del comparador público privado, que puede ya en muchos casos, dictaminar decisiones realmente eficientes. Bajo esta concepción la tendencia moderna de asignación de riesgos puede condensarse en la siguiente regla: “Hay un componente de riesgo que es retenido por el Estado, y que corresponde a los riesgos que este agente puede manejar en mejores condiciones que cualquier otro, como pueden ser los riesgos políticos, prediales y expropiatorios, entre otros.”²³¹

Pero lo anterior regla también se hace extensiva al traslado y asunción de riesgos por parte del sector privado, debiendo este en todo momento asumir los riesgos que está en mejor capacidad de asumir dentro de la asociación. Este es sin duda

²²⁹ Ibidém pág 3.

²³⁰ Ibidem pág 4

²³¹ Ibidém pág 6

un simple principio de justicia retributiva, que ha traído grandes avances a la hora de estructurar ventajosamente en relación al desarrollo de las mismas obras de infraestructura. En conclusión podemos señalar que esta regla presente en la distribución de riesgos en proyectos APP, si bien puede considerarse en una importante evolución, no logra dismantelar los esquemas de riesgos presentes en los demás contratos públicos tradicionales y que si bien se caracterizan por hacer un traslado importante al Estado, en muchos casos pueden redundar en beneficio de los proyectos que se estructuran de este modo particular. Este principio es aclarado por la doctrina del siguiente modo: “En el caso de un proyecto público, los costos de diseño, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura son financiados por el Estado con recursos presupuestales suponiendo el cumplimiento de estándares de servicio y suficiencia presupuestal con un nivel teóricamente razonable y esperable de eficiencia y los potenciales riesgos de sobrecostos y retrasos en el desarrollo de la infraestructura y provisión del servicio. El sector público realiza pagos periódicos una vez que la infraestructura entra en operación en función de la calidad y disponibilidad de los servicios efectivamente prestados siempre que cumpla con los requerimientos y estándares de desempeño establecidos en el contrato.”²³²

Es en este punto donde se ha podido configurar la autosostenibilidad como criterio de distribución del riesgo contractual, desde luego la regla que es objeto de tratamiento se ha venido consolidando, como un importante instrumento para efectuar una eficiente distribución del riesgo contractual. Esta autosostenibilidad, que es uno de los elementos más importantes y vinculantes en la determinación del tipo de contrato que se debe seleccionar para el desarrollo de los proyectos de infraestructura. La razón del empleo de esta metodología de selección contractual se basa fundamentalmente, en determinar que la tarea encomendada al contratista, sea un proyecto en el que una vez se hayan efectuado las respectivas inversiones, este sea capaz por si mismo de retribuir y compensar las erogaciones y gastos inicialmente acometidos. Esto es lo que se ha considerado como autosostenibilidad.

Desde luego la autosostenibilidad es un criterio que va estrechamente ligado al riesgo contractual, de esa manera si un proyecto presenta el potencial de retribuir la inversión de la misma explotación de la obra, puede fácilmente trasladarse ese riesgo al particular contratista, que vera sujeta la recuperación de las inversiones al volumen de la demanda que el desarrollo de la infraestructura sea capaz de atender con recursos que son generados directamente por la obra. De esta manera el tipo de contrato a seleccionar será uno de aquellos que permite la

²³² Ibidem pág 10-11

explotación (OPERACIÓN), para que fruto del ejercicio de esta actividad económica el contratista pueda autoremunerarse, creando por esta vía la recuperación de los recursos.

De lo contrario, es decir cuando el proyecto a desarrollar implique una baja o nula autosostenibilidad, se hace necesaria la vinculación de recursos públicos y por lo tanto si se quiere hacer atractiva la inversión, es imperativo sustraer al contratista particular del riesgo de la demanda del proyecto, porque es claro que por esta vía no se podrán recuperar los recursos ni asegurar las utilidades. De esta manera esta imposibilidad hace necesario buscar un contrato que garantice la generación de infraestructura, como obligaciones principales del contratista, pero que como garantía del éxito del proyecto comprometa eficientemente los recursos públicos necesarios para pagar la financiación global de la obra.

Estos criterios de auto sostenibilidad ya han sido ampliamente desarrollados en la unión europea y en España, que de una manera más precisa, han llegado a efectuar una consistente separación entre infraestructuras autosostenibles y no autosostenibles. Para el análisis que nos ocupa el criterio aludido determinara de manera objetiva la fuente de financiación de la infraestructura y si existe la necesidad de comprometer recursos directos provenientes de la administración pública. Del mismo modo determinara el tipo de Alianza a realizar entre el sector público y el sector privado. A modo de ejemplo y basados en cómo el modelo europeo ha desarrollado estas diferencias, podemos ilustrar lo siguiente: “Frecuentemente las inversiones en infraestructura son realizadas no por la administración pública de forma directa, con cargo a los presupuestos, sino a través de un organismo u empresa que es a su vez propiedad de la administración pública. Suele ser el caso por ejemplo, de las inversiones en puertos, o aeropuertos realizados por una autoridad pública, cuyos ingresos provienen de las tasas portuarias u aeroportuarias cobradas a las compañías transportistas usuarias de la infraestructura correspondiente. Sobre la base de estos ingresos, la autoridad pública puede endeudarse en los mercados financieros para llevar a cabo las inversiones necesarias.”²³³

En ese entendido la naturaleza financiera del proyecto en cuanto a su sostenibilidad, ha definido en la unión europea el tipo de institución que llevara a cabo el proyecto, pero también la distribución eficiente de riesgos. Como se vio y de manera concluyente, si se presenta la autosostenibilidad se procederá a la

²³³ Sánchez Soliño Antonio. Gutiérrez de vera Fernando. “Estudio sobre las inversiones en infraestructuras en la unión Europea y los efectos de su contabilización pública y privada según sus distintas fuentes de financiación.”Universidad politécnica de Madrid. www.foroinfra.com/nuevos pdf/estudios sobre las inversiones en Inf2.pdf. pág 37.

conformación de una empresa pública que funciona de manera independiente al presupuesto público, generalmente estas nuevas empresas públicas son objeto de profundos estudios de manera contable, ya que de acuerdo a la naturaleza de la obra a ejecutar es fundamental determinar su dependencia o no de los recursos presupuestales.

Ahora bien, y ya que se ha establecido que la generación de infraestructura pública, en ocasiones, es una actividad económica que puede por sí misma generar los recursos para el pago de las inversiones, es posible buscar modelos contractuales que permitan la asunción del riesgo de demanda por parte del contratista y esto ha sido una constante en los esquemas europeos de asociaciones público privadas.

Como puede verse en lo que ha sido materia de análisis, sobresale el hecho jurídico de poder efectuar la explotación directa de la obra, lo que en últimas impone al contratista el deber jurídico de mantener la infraestructura en óptimas condiciones, pues de ello dependerá su misma remuneración. La imputación de este riesgo es algo necesario para mantener la óptima autogestión, desde luego el también traslado al contratista del riesgo de demanda, que confirma la autosostenibilidad de la obra, se impone como consecuencia de estudios financieros tendientes a verificar el comportamiento de la infraestructura en el mercado.

Desde luego la imposición de estos deberes dentro del contrato, son los que hacen posible la habilitación de riesgos por parte del contratista. Si la administración en últimas decide elegir un esquema de contratación que pondera la explotación de la obra, como forma de obtención de recursos y mantiene la demanda como factor de mercado y como sistema de recuperación de los recursos invertidos inicialmente en la financiación, deberá asegurarse que el contrato seleccionado traslade al contratista el deber de mantener la disponibilidad de la obra, para tender la demanda de donde se obtendrán los recursos financieros para la recuperación de las inversiones.

Esto se ha podido verificar en la unión europea y en España, las cuales hemos tomado como modelo y donde esta política de riesgo se viene estructurando bajo los siguientes principios: "Aunque una de las características básicas y definitorias del contrato es la asunción de los riesgos no puede convertirse en un principio absoluto, cuando se trata de atraer el capital privado hacia la inversión de infraestructuras. Las propias reglas del SEC-95, hablan de la asunción por parte

del socio privado de la mayoría de los riesgos derivados de la propiedad de los activos.”²³⁴

Contrario Sensus a lo inicialmente planteado, existen obras de infraestructura que funcionan bajo parámetros de rendimiento económico, diferentes a los criterios aplicados al mercado, por ello debe reconocerse la existencia de servicios públicos sociales que funcionan de manera diferente, como consecuencia de ello la eficiencia económica del servicio público, se mide absolutamente por su rentabilidad social y no por su rentabilidad económica. De lo anterior se desprende entonces el comportamiento financiero de la obra de infraestructura a generar, pues son activos con alta rentabilidad social, pero con nula rentabilidad económica, lo cual permite descartar su autosostenibilidad. Por lo tanto y si bien partimos de los principios teóricos construidos en relación a este concepto, en este caso específico se hace necesario seleccionar un contrato que permita pactar la entrada esencialmente de recursos públicos para solventar los pasivos contraídos.

Esto quiere decir que los recursos financieros obtenidos por el contratista bajo las diferentes técnicas de financiación, serán reconocidos y pagados directamente por parte de la administración con dineros provenientes en su totalidad del presupuesto público. La unión Europea también ha distinguido este tipo de asociaciones públicas que se crean para dar sustento a infraestructuras no autosostenibles y ha desarrollado un tratamiento especial para ellas, donde desde el punto de vista organizativo, se faculta a la administración desde la actividad contable para inyectar los recursos presupuestales que sean necesarios, para el pago de la financiación a los acreedores internacionales y la retribución monetaria por la gestión del contratista. Este trato diferenciado a una obra no autosostenible puede verse en detalle en los siguientes apartes doctrinales: “Aunque sin llegar a definir criterios cuantitativos, Eurostat, organismo encargado de interpretar las normas del SEC-95, ha tratado de clarificar esta cuestión mediante su decisión sobre el tratamiento de las asociaciones público privadas del 11 de Febrero de 2.004. Hay que señalar en primer lugar, que en dicha decisión, Eurostat establece una distinción entre concesiones, entendidas como el caso en el que los ingresos del concesionario provienen de las tarifas cargadas a los usuarios, frente a otros tipos de asociaciones público privadas en las que es la propia administración la que compra los servicios proporcionados por el concesionario, para sí misma o para ponerlas a disposición de los usuarios finales.

Estas valiosas orientaciones del derecho comparado, aportan un elemento de gran significado, pues definirán la asunción del riesgo y por lo tanto la política de riesgos más acertada, que al traste conllevara a la misma selección del contrato

²³⁴ Ibidém pág 38.

más apropiado para la generación de infraestructura en el caso que se ha indicado.

En primera instancia, es imperativo al respecto empezar señalando que esta obras de infraestructura que tienen un impacto y reacción mínima en el mercado, por lo menos, de manera directa, será imposible obtener recursos suficientes de ella a través del cobro de los potenciales usuarios, en vista de esta situación especial es absolutamente conveniente relevar al contratista del riesgo de demanda, las razones para ello son bien expresadas por la doctrina especializada que sobre el particular ha señalado: “el riesgo de demanda se entiende como el derivado de la variabilidad de la demanda de los servicios proporcionados por el concesionario, debido a factores independientes a la actuación de este último, como pueden ser los ciclos económicos , nuevas tendencias en el mercado, nuevas fuentes de competencia directa u obsolescencia técnica. Esta condición no se cumplirá si la administración asegura un determinado pago al concesionario independiente del nivel de la demanda, de tal forma que las fluctuaciones de esta última resultan irrelevantes para la rentabilidad del concesionario.”²³⁵

En esa comprensión de las necesidades de la administración, una de las prestaciones que más se satisface en la selección del tipo del contrato, es la importancia que reviste dentro de la actividad contractual mantener la disponibilidad de los activos, por esta razón en algunos contratos de las asociaciones público privadas como el D.F.O se facilita la asunción del riesgo de disponibilidad en cabeza del contratista, como garantía que la infraestructura desarrollada este siempre en condiciones óptimas para cumplir con el servicio para la cual fue concebida.

Desde luego cuando el contratista asume este riesgo y cumple con su obligación de mantener la disponibilidad, la administración también se verá obligada a efectuar en el tiempo estipulado contractualmente los pagos acordados. Frente a esta situación particular la doctrina viene comentando que: “El riesgo de disponibilidad se refiere a las consecuencias para el concesionario de no suministrar los servicios especificados en el contrato en la cantidad o calidad requerida. Para considerar que el concesionario asume este riesgo, los pagos realizados por la administración ha de depender de forma sustancial del efectivo cumplimiento por el concesionario de las condiciones establecidas en el contrato.”²³⁶

²³⁵ Ibidém pág 39.

²³⁶ Ibidém pág 39.

2.3 EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.

Desde el punto de vista de la doctrina, varios doctrinantes colombianos han hecho esfuerzos por exponer y sintetizar las diferentes expresiones del contrato de concesión. La mayoría de ellos se han sometido a las prescripciones legales y reglamentarias internas que han generado la pauta de interpretación por excelencia para el entendimiento de esta figura contractual de tanta trascendencia y difusión en otros ordenamientos, tal y como lo pudimos presenciar en líneas anteriores. Por tal razón, podemos observar que el caso colombiano está plenamente determinado por la voluntad del legislador, que es quien ha efectuado el diseño y la estructura de funcionamiento de tan importante instituto normativo. De sus prescripciones imperativas, según será objeto de análisis, se desprende todo el desarrollo interpretativo efectuado por la Doctrina Nacional. Por lo tanto y ya que la Ley en esta materia ha tenido un papel central en todo lo relacionado al contrato de concesión de servicio público, es necesario en un primer orden efectuar un análisis de las manifestaciones normativas más influyentes para la implementación de esta figura contractual en el orden jurídico administrativo Colombiano, no sin antes registrar las posiciones doctrinales más innovadoras sobre la materia.

Ahora realmente es muy conveniente y necesario que las posiciones de la doctrina administrativa colombiana en la presente investigación, sean afinadas en el nuevo concepto de concesión de servicio público, que surge gracias a las continuas evoluciones normativas que en materia contractual se han emprendido en nuestro país.

Hoy gracias a una más exhaustiva revisión de los estudios efectuados sobre el tema concesional, podemos encontrar posiciones doctrinales de gran aporte a esta investigación. En mérito de lo expuesto es importante iniciar señalando la influencia que la ley 80 de 1993 introdujo en el instituto concesional Colombiano, partiendo siempre de reconocer que la ley 80 de 1993, es una norma que siempre se ha caracterizado por imprimir al tema general de la contratación estatal una actualización sobre los muchos avances que la constitución de 1991 quiso voluntaria o involuntariamente imprimir a la contratación del Estado.

De esta manera y si consideramos que la ley 80 de 1993, es una ley vigente en muchos aspectos y que ha sido la estructura sobre la cual se han emprendido reformas sucesivas y transformaciones normativas, puede señalarse a maneara de ilustración, que sus más importantes aportes al actual contrato de concesión de servicio público pueden apreciarse seguidamente gracias al análisis de algunos aspectos importantes.

En un primer orden la ley 80 de 1.993, permite abandonar en el derecho Colombiano una continua discusión acerca de la existencia de contratos públicos y privados de la administración, de esta manera: “se incorpora al derecho nacional un concepto único de contrato, como es el de contrato estatal, donde no se discute si hay contratos de derecho administrativo o de derecho privado de la administración, sino que por el contrario se impone una sola modalidad de contrato, por regla general, que es llamado contrato estatal, cuya característica fundamental es la de que en su celebración interviene de manera directa una entidad estatal por medio de sus representantes o se celebra con recursos públicos.”²³⁷

En este mismo sentido la ley 80 de 1993 produce un cambio trascendental en cuanto hace desaparecer el criterio de la tipificación contractual estatal, esta supresión de este modelo operativo se puede constatar de la simple lectura del decreto 222 de 1983 (norma de contratación pública anterior), pues en él hubo una constante preocupación por el gobierno nacional, en este caso haciendo las veces de legislador extraordinario, por efectuar una detallada lista de los contratos administrativos que pueden celebrar las entidades públicas, junto con otros contratos que fueron conocidos como los contratos de derecho privado de la administración, pero que gracias a la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 se produjo una ampliación de los contratos estatales y gracias a esta ley la administración pública nacional y descentralizada, han quedado facultadas para celebrar todo tipo de actos y contratos previstos no solamente en la ley de contratación estatal, sino también en disposiciones de derecho privado o en disposiciones especiales, siendo incluso aceptados aquellos que son derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, obteniendo todos en virtud de la ley objeto de comentario la condición de contratos estatales.

De lo anterior se desprenden situaciones jurídicas si bien transformadoras, también de mucha utilidad para la administración o como lo analiza el profesor Santofimio Gamboa al señalar que: “con esta fórmula se permite que la administración acuda a cualquier tipo de contratos señalados en los diversos códigos, en particular civil o comercial, y si es del caso diseñe el tipo contractual que más se adecua a sus necesidades; de esta manera se abren las puertas a los denominados contratos atípicos o innominados, que se caracterizan por no tener

²³⁷ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. *“El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.”* Universidad Carlos III de Madrid. Getafe 2.010. pág 358.

unas normas específicas en la ley: de ahí que prácticamente su regulación depende de lo pactado por la administración y el contratista.”²³⁸

Pero resulta útil preguntarse: ¿cómo articular estos nuevos principios con el contrato de concesión de servicio público.? Sin duda la nueva tendencia en materia concesional, más si se tiene en cuenta la influencia ejercida por los sistemas hoy vigentes en el derecho Colombiano de asociaciones público privadas, radica especialmente en un fuerte reposicionamiento de la autonomía de la voluntad de las partes que se puede traducir en un considerable aumento de la libertad de acción de la administración para configurar los aspectos claves relativos a la celebración del negocio. En este caso podemos estar ante el nacimiento de unas facultades discrecionales en pro de favorecer el proceso de negociación de las partes que están involucradas o como acertadamente ha orientado la doctrina científica: “Se adopta un concepto mixto de contrato que retoma las modalidades clásicas de concesión de obra pública y de concesión de servicios públicos. Caracterizado por su carácter abierto y amplio que posibilita a partir de su debida estructuración la adopción por parte de la administración de cualquier modalidad de concesión propiamente dicha y de asociación o colaboración público-privada para efectos de desarrollo de proyectos en infraestructura que sean de conveniencia pública, todo de acuerdo a las amplias facultades discrecionales estructuradoras que para estos efectos se le conceden a la administración pública en todos los niveles, con estricta sujeción a claros principios sustentadores de una profunda planeación del negocio y a reglas tendientes a que se reduzca el contenido de los negocios correspondientes por los ámbitos del interés general.”²³⁹

Ahora y prosiguiendo con este orden de ideas, resulta para la presente investigación de un especial interés registrar el pensamiento actual de la doctrina Colombiana acerca de la concesión de servicio público, en lo que con insistencia se ha denominado su aplicación en un régimen liberalizado de prestación del servicio público. En esencia se trata de comentar el nuevo espectro de la concesión de servicio público a la luz de las más importantes reformas económicas y jurídicas que se vienen suscitando en el derecho administrativo Colombiano. Así los primeros comentarios dedicados a ambientar la concesión de servicio público en un nuevo régimen bajo criterios de economía de mercado, apuntan a explicar básicamente en que consiste la redefinición de las competencias del Estado en materia de servicio públicos o como lo propone conceptualmente la doctrina: “el modelo estructura unas bases conceptuales y de principios dirigidas a decantar el ámbito de la competencia económica de los

²³⁸ Ibidem pág 359.

²³⁹ Ibidem pág 361.

servicios públicos y la esfera de acción del Estado, que no obstante las profundas críticas que entorno a su papel en el sistema tradicional o clásico se le formulan, se le admite en el nuevo modelo cumpliendo otro tipo de funciones relacionadas con ellos, principalmente en los temas regulatorios de inspección y de control.”²⁴⁰

Estas impresiones doctrinales bien resumen la posición económica que se viene sosteniendo en cuanto al cambio institucional, pero esta vez desde una óptica exclusivamente jurídica, pues de las posiciones extractadas se puede retener, que las transformaciones institucionales apuntan a una redefinición de las competencias estatales como consecuencia de la pérdida de titularidad jurídica por parte del Estado del ejercicio exclusivo de las actividades de servicio público, no obstante esta pérdida de la titularidad de la función, pero también de la asunción de las nuevas competencias de regulación económica de manera correlativa, han llevado a una exaltación del ejercicio de las actividades del sector privado. En ese entendido “en la práctica se produce una especie de transformación de las funciones administrativas frente a esta actividad primordial para la vida comunitaria, quedando el Estado, ahora desposeído de titularidades, sujeto a otra realidad muy diferente, en donde la libertad y la iniciativa privada ocupan el papel que en otrora protagonizó de sujeto actuante y prestacional.”²⁴¹

Bajo esta particular visión la transformación jurídica presente en el nuevo modelo de prestación del servicio público debe acoger satisfactoriamente nuevas prácticas económicas y asegurar el desenvolvimiento de las mismas, pues estas constituyen las nuevas reglas de juego para los particulares que intervienen como agentes del nuevo mercado. De esta manera la apertura del mercado e incluso al nivel constitucional se han encargado del aseguramiento de la libertad de empresa, que se expresa tradicionalmente en una libertad de entrada, que si bien se atreve a conservar aspectos tradicionales como el aseguramiento de la prestación universal, al mismo tiempo vela por el establecimiento de la libertad de precios, libertad de inversión pero especialmente por un régimen de competencia abierta como ocurre en cualquier actividad industrial comercial o empresarial.

Sin embargo cualquier análisis que se quiera emprender del régimen jurídico sobre el cual se estructura el nuevo servicio público, debe iniciar distinguiendo que actividades de servicio son objeto de un régimen competitivo y cuales son verdaderos monopolios, que obedecen más a la aplicación de un régimen jurídico de regulación económica. Así lo ha comprendido la doctrina Colombiana al mencionar que: “Lo más importante para el nuevo modelo es agrupar las actividades con incidencia en el mercado para sujetarse a un régimen de libertad,

²⁴⁰ Ibídem pág 252.

²⁴¹ Ibídem pág 252

por lo tanto desde la perspectiva económica de mercado y de la jurídica, de desregulación, acudiendo para el efecto a un estricto derecho privado. Las otras, es decir, las no competitivas, hacerlas depender de un régimen de regulación, en parte de clara naturaleza administrativa.”²⁴²

Desde luego y como se menciona más adelante, cuando se estudie el régimen de monopolio regulado donde se hace uso del contrato de concesión como técnica efectiva de prestación del servicio público en monopolios naturales, el derecho administrativo Colombiano no es esquivo a estas tendencias de organización del mercado en cuanto a la misma separación de actividades competitivas y no competitivas se refiere. Básicamente cualquier cambio en el régimen de prestación del servicio público y en la consolidación de la libre entrada, siempre implicara un estudio exhaustivo acerca de la naturaleza económica de la actividad o como lo expresa la doctrina: “como punto indudable de partida para decantar y llevar a postulados básicos, los caracteres esenciales de los servicios como fenómenos de mercado, proponen los neoindividualistas, el de la necesaria desagregación o desintegración vertical de cada uno de los sectores, con el propósito de identificar de manera separada las actividades que dentro del sistema clásico administrativo fueron englobadas, pero que ahora se necesita estudiar y analizar por separado, con el propósito de determinar la incidencia que tienen frente al mercado.”²⁴³

Como ha quedado visto esta es la visión preliminar que la doctrina Colombiana ha efectuado en relación a los cambios que se han generado en torno a la prestación de los servicios públicos en el país y que pueden considerarse como el elemento central del análisis, no obstante dentro de la reforma constitucional de 1991, se han estructurado una serie de principios que con ayuda de la doctrina resulta conveniente pasar a analizar, uno de ellos es la libertad de entrada, que se ha entendido como un principio liberalizador que auspicia la participación del sector privado en las actividades de servicio público. Esta libertad de entrada desde luego es un principio que se lleva a cabo en el plano jurídico y económico cuando se reconoce y se patrocina en una sociedad la existencia de la libertad privada y de la libertad y muy especialmente cuando se considera que el sector privado se encuentra en capacidad de desarrollar actividades de servicio público, desde luego bajo un especial sometimiento de las regulaciones que proferidas por el Estado en su función legislativa o regulatoria contribuyen para el buen ejercicio de las actividades económicas del servicio público. Esencialmente “la libertad de entrada beneficia y estimula la pluralidad de oferentes en el tráfico jurídico de los servicios públicos. Todos aquellos sujetos que reúnan los requisitos establecidos en las normas jurídicas podrán incorporarse válidamente al mercado ofreciendo

²⁴² Ibídem pág 254

²⁴³ Ibídem pág 254.

sus bienes y servicios, construyendo explotando, comprando, vendiendo, en fin realizando todos los negocios indispensables dentro de la cadena de servicios públicos.”²⁴⁴

El otro gran principio sobre el cual se estructura la reforma Colombiana es el de la libertad de acceso al mercado, que a diferencia del anterior que permite el inicio del ejercicio de la actividad económica o de servicio público mediante el alistamiento de los medios industriales pertinentes, el de libertad de acceso al mercado permite al empresario el acceso directamente al mercado de servicio público, lo cual implica ya la elaboración industrial de un servicio para ser vendido a los particulares. En tal sentido la libertad se hace patente en el hecho de hacer posible que el servicio que es objeto de venta llegue con facilidad y sin restricciones a los posibles usuarios del mismo. En palabras de la doctrina: “La libertad de acceso al mercado postula la necesidad de garantizarles a todos los actores del mercado prestacional del servicio el libre acceso en igualdad de condiciones a las redes, instalaciones e infraestructura necesarias para la adecuada ejecución de los mismos. Los servicios públicos en su mayoría están vinculados para su prestación a redes físicas o humanas, en tratándose de las primeras, el sistema sostiene que sería inadmisibles que se establezcan limitantes para su uso o aprovechamiento. Las redes como las infraestructuras en virtud de este principio quedan afectadas por su misma naturaleza al servicio independientemente que sobre las mismas exista algún tipo de propiedad privada.”²⁴⁵

Ya desde el punto de vista normativo, este principio fue recogido por la ley 142 de 1.994 que en su artículo 11 núm. 6 expresa lo siguiente: “Para cumplir con la función social de la propiedad en las entidades públicas o privadas, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

11.6 facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios.”²⁴⁶

Ya dentro del análisis de carácter legal, Uno de los más notorios antecedentes del sistema concesional en Colombia lo encontramos en el Decreto Ley 222 de 1983. En esta norma no se puede apreciar con mucha nitidez los avances más significativos que en esta materia ya había adelantado la Doctrina Internacional que ya prescribió varias modalidades del contrato de concesión bastante diferenciadas y con plena aplicación de manera autónoma como contratos típicos.

²⁴⁴ Ibidem pág 256.

²⁴⁵ Ibidem pág 259.

²⁴⁶ Ley 142 de 1994 Artículo 11 núm. 6

Estas modalidades se caracterizan por tener ya un desarrollo individual tanto en la Ley interna de cada régimen jurídico que la adopta, como por la misma Doctrina.

No obstante y pese al tímido desarrollo que fue efectuado por el ejecutivo en este evento, es decir en el decreto 222/83, sí se pueden reseñar en él algunos antecedentes que sirven para ilustrar el avance y evolución de la figura concesional en Colombia. De lo preceptuado por este decreto se puede destacar que el gran instituto de la concesión, con amplio contenido en la Doctrina como en otros ordenamientos foráneos, es tenido en cuenta en la norma en cuestión tan solo como uno de los sistemas de pago del contrato de obra. Por lo menos así lo dictaminó y lo definió el decreto en el artículo 102 que a continuación será objeto de transcripción:

“Artículo 102 del Decreto-Ley 222 de 1983. De la definición del sistema de concesión de obra pública. Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar y restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas.”²⁴⁷

Como se puede apreciar en la norma mencionada, el régimen concesional en este evento particular se limitó por el ejecutivo colombiano a la concesión de obra pública. También de esta redacción se puede observar la total ausencia de consagración de los elementos esenciales presentes de manera tradicional en el régimen concesional, por ejemplo se hace más explícito el traslado de los riesgos contractuales al ejecutor de la obra pública. Esta ausencia de elementos generalmente fue suplida por la academia que ante los enormes vacíos existentes y tal vez con un efecto reparador, postuló que “en esta modalidad de pago y ejecución del contrato de obra, la entidad contratante traslada al contratista los riesgos del éxito o el fracaso del proyecto; y la obligación de financiar el proyecto. El contratista recuperaba la inversión realizada a través del cobro a los usuarios de la obra, de derechos o tarifas, o un porcentaje de utilidad que se pactaba en el contrato de lo que la obra producía.”²⁴⁸

²⁴⁷ Decreto 222 de 1983. Artículo 102.

²⁴⁸ Leonardo Andrés Bohórquez Zapata. Mario Andrés Camacho Chain. *“El contrato de concesión”*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá DC.2002. Pág. 35.

Después del decreto en mención, el Congreso de la República expide la Ley 80 de 1993, considerada como un verdadero estatuto de contratación estatal. En esta ley se efectuó una verdadera consagración del contrato de concesión, ya que se realizó una completa estipulación del mismo como un típico contrato administrativo nominado. Debido al gran avance de la ley 80 de 1993 en esta materia, se consideró que con esta detallada norma sobre el reconocimiento y funcionamiento de la figura en el orden jurídico administrativo, este se ponía a tono con las tendencias internacionales. Sin embargo, resultó, a la luz de la técnica, muy desafortunada la redacción que propuso el artículo 32 de esta ley, pues en él el legislador colombiano agrupó en una sola norma una variedad de contratos que a la luz de las normas del derecho internacional público, como a nivel doctrinal, aparecen ampliamente diferenciadas. Es tanta la autonomía y reconocimiento que han tenido los distintos tipos contractuales allí contemplados, que hoy son objeto de estudio de manera autónoma y de manera independiente por toda la doctrina que al respecto no ha ni siquiera admitido la diversidad de criterios. Prueba de lo aquí afirmado puede encontrarse en todas las obras que hasta hoy de manera independiente han tratado tanto el contrato de concesión de obra pública, como del contrato de concesión de servicio público.

Es más a modo de ejemplo y de manera comparativa con el derecho Español tal y como lo expusimos en su momento, ha sido tanto el grado de sub-especialización presentado que la misma legislación y doctrina española viene aceptando el término genérico de contrato de gestión de servicios públicos, para agrupar varias modalidades de contratos que admiten el concurso de los particulares para la prestación de los servicios públicos, dentro de los cuales se estudia de manera separada el ya clásico contrato de concesión de servicio público. Sin más reparos que efectuar, pasemos ahora a estudiar las consideraciones efectuadas por el legislador colombiano acerca del contrato de concesión y concesión de servicio público a la luz de lo preceptuado por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, que sobre el particular manifestó lo siguiente:

“Artículo 32 numeral 4 ley 80 de 1993. 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.”²⁴⁹

Tal y como se señaló de la transcripción del artículo en mención, se pueden derivar tres clases o tipos de concesiones previstas por el legislador colombiano: I) La concesión de explotación de un bien del estado. II) Concesión de servicios públicos. III) Concesión de obra pública. Esto sin perjuicio de que otras disposiciones hayan consagrado algunos regímenes concesionales, que denominaremos como de carácter especial, como es el caso del contrato de concesión portuaria y el contrato de concesión vial, contemplados respectivamente en la ley 1 de 1991, en el artículo 5.2, y en la ley 105 de 1993 en el artículo 30.

2.3.1 La jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al contrato de concesión de servicio público. Tal y como lo manifestamos, para la jurisprudencia constitucional, si bien son de honda trascendencia los términos y prescripciones emitidos por el legislador ordinario en torno al contrato de concesión de servicio público, era también de esperarse que la Corte Constitucional examinara las implicaciones que ha tenido en el desarrollo de esta institución la doctrina internacional. Es por esta razón que, en la sentencia C-350/97, la Corte, al tratar de proponer una definición de orden jurisprudencial de este contrato, no acude simplemente a lo manifestado por el legislador, sino que a grandes rasgos acude a las opiniones consolidadas que han sido proporcionadas de manera habitual por la doctrina. Por ejemplo, al emitir su definición de la figura aludida, la corte señala en esta sentencia que “en términos generales, para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona la facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular para que éste satisfaga inmediata y permanentemente una necesidad colectiva que es responsabilidad del estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente.”²⁵⁰

Con respecto a las relaciones jurídicas que surgen del contrato de concesión, la sentencia en mención acoge la tesis de la naturaleza jurídica contractual expresando lo siguiente: “las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión de servicio público, se tiene en primer lugar las que se establecen entre el concesionario y el concedente, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato con el estado, los une un vínculo contractual por lo que los conflictos

²⁴⁹ Ley 80 de 1993. “Estatuto general de contratación estatal.” Artículo 32.

²⁵⁰ Corte constitucional. *Sentencia C-350/97*. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

que eventualmente surjan deberán resolverse en la jurisdicción contenciosa administrativa.”²⁵¹

Posteriormente, otras sentencias de la Corte establecieron otras reglas muy importantes por su carácter interpretativo que se han encargado de producir una armonización del contrato con las reglas que preceptúa nuestro derecho administrativo. En este proceso de asimilación y entendimiento de la figura contractual, la Corte ha dejado muy claro que “cuando el estado opta por la gestión de los bienes de uso público y de los servicios públicos a través del sistema de concesión, no nos encontramos en el punto de partida en el campo de la libertad económica, sino en el de la función pública, no solo porque la titularidad de la actividad es de naturaleza pública, sino porque se trata de la satisfacción del interés público, para lo cual el legislador puede establecer las condiciones y limitaciones necesarias para el logro de sus fines competenciales.” ²⁵²

Entre tanto en la sentencia T-838/02 se ratifican los lineamientos generales establecidos por la corte, solidificando la jurisprudencia en la materia. En esta oportunidad y en los mismos términos y referencias manifestados con anterioridad se dijo lo siguiente: “Por contratos de concesión se entienden aquellos 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 en la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario 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.”²⁵³

Más adelante, la Corte complementará la posición inicialmente difundida, acotando un señalamiento que igualmente se encuentra consignado de manera recurrente en la doctrina. En esta oportunidad se consideró que “en relación con la concesión de los servicios públicos es de indicar que ésta configura un acto complejo, en el cual el concesionario se equiparara a un agente público, cuyas obligaciones están

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Corte constitucional. *Sentencia C- 815/2001*. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²⁵³ Corte constitucional. *Sentencia T-838/ 2002*. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

determinadas por disposiciones de carácter legal o reglamentario pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente.”²⁵⁴

Por lo tanto aunque la Corte dedica unas pocas líneas para referenciar los profundos debates que como vimos se han suscitado en la doctrina, nos parece muy acertada la solución que se le brinda al problema de la naturaleza jurídica de la concesión, simplemente con declarar que tanto los derechos como las obligaciones que se generan entre las partes se determinan contractualmente. Pareciera que en un momento dado la Corte quisiera reseñar las dudas existentes en cuanto a la naturaleza jurídica de la concesión, rememorando algunas posturas tradicionalistas que la califican como un verdadero acto administrativo, pero finalmente se zanja la discusión admitiendo su inmensa vocación contractual.

2.3.2 La jurisprudencia del Consejo de Estado frente al contrato de concesión de servicio público. Por su parte nuestro máximo tribunal de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado, viene señalando de manera genérica que: “la concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente entrega a una persona natural o jurídica llamada concesionario el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal.”²⁵⁵

Respecto a la finalidad del contrato, este fallo resulta ser fundamental, pues en él se dispuso que “el contrato de concesión no solo se celebra para la prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al estado o a cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público.” ²⁵⁶

Pese a la vaguedad en la construcción de este concepto por parte del Consejo de Estado y en una interpretación amplia por parte del operador jurídico, parece entenderse que esta posición permite la concesión de servicios públicos de carácter administrativo, y no solamente los esenciales o domiciliarios que se encuentran bajo la titularidad del estado. Por supuesto, la trascendencia de este fallo es inmensa pues abre la posibilidad para que la administración pueda concesionar actividades de puro orden administrativo, ya que gracias a una visión

²⁵⁴ Ibídem

²⁵⁵ Consejo de Estado. Sentencia de Junio 19 de 1998. Radicación Numero 10217. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

²⁵⁶ Ibídem.

generalizada del servicio público, este tipo de funciones podrán tener esta calificación para efectos de aplicación del contrato.

También de manera muy genérica y para efectuar una delimitación de orden conceptual y práctico con respecto al ámbito de aplicación de las diferentes modalidades de concesión contenidas en el artículo 32 de la ley 80, esta corporación ha venido explicando que: “A través de la concesión contractual o reglamentaria, el estado hace procedente la prestación de un servicio público, domiciliario o no, como también la explotación de un bien del estado –no necesariamente de uso público - y la realización de actividades con riesgos compartidos, entre otros. Muestra de lo anterior es que la Ley 80 de 1993 tipificó 3 especies de concesión: I) La concesión de servicio público, cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público; II) la concesión de obra pública cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público y III) la concesión de bien público, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinado al servicio público.”²⁵⁷

Agrega la corporación y ya específicamente en lo referente al contrato de concesión de servicio público, que en éste se “define el plazo el cual habrá de prestarse el servicio, la delimitación operacional del territorio, la regulación del régimen tarifario y de las condiciones operativas, como también lo relativo a la utilización de bienes estatales o privados para la prestación del servicio.”²⁵⁸

Prosiguiendo con esta explicación, uno de los fallos que se encarga de efectuar una reproducción de las discusiones más apremiantes de la doctrina, en cuanto a la naturaleza jurídica del acto concesional, estuvo a cargo de consejero Ariel Hernández Enríquez, quien ilustró que “sin ánimo de exhaustividad, y solo en la medida que este extremo resulte indispensable para dilucidar si la naturaleza jurídica del contrato de concesión se corresponde con el reconocimiento a terceras personas ajenas a la formalización de la relación contractual propiamente dicha - entidad pública concedente y particular concesionario- de la posibilidad de accionar judicialmente contra actos administrativos con ocasión de aquella, menester resulta hacer alusión a que en la doctrina pueden encontrarse desde las tesis conforme a las cuales el contrato de concesión es pasando por las que lo catalogan como un contrato de derecho privado, hasta llegar a las dos más ampliamente difundidas por los días que corren, de acuerdo con las cuales o bien

²⁵⁷ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia de 7 de Marzo de 2007. Radicación 11542. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

²⁵⁸ *Ibídem*.

se trata de un acto mixto – contractual y reglamentario-, ora de un contrato administrativo estricto sensu. Para los partidarios de la tesis de acuerdo con la cual la concesión no es más que un acto unilateral de la administración pública, del que emanan las obligaciones, derechos y prerrogativas de que será titular el concesionario, carece de toda importancia la voluntad de éste, la cual parte de negar la posibilidad de que existan contratos celebrados entre la administración pública.

Por su parte, la concepción de acuerdo con la cual el de concesión es un contrato exclusivamente de derecho privado, arranca por reconocer en él un verdadero acuerdo de voluntades, una verdadera relación contractual, pero enteramente regulable por el derecho privado. Paulatinamente, en la medida que los contratos administrativos o contratos estatales se fueron abriendo paso históricamente, esta tesis también fue perdiendo consistencia, entre otras cosas porque además de pretender someter al *ius commune* toda una serie de relaciones de indudable carácter público, nunca pudo explicar satisfactoriamente por qué el contrato de concesión no solo afecta a las partes celebrantes –entidad concedente y concesionario- sino que sus efectos también se extienden a terceros, esto es, a los usuarios del servicio, que no han intervenido en su formalización. De ahí que se haya consolidado la tesis, hoy en día mayoritaria, de acuerdo con la cual la naturaleza jurídica del contrato de concesión es la de un instrumento de derecho público, pero en el que puede advertirse la presencia de dos categorías de cláusulas claramente diferenciables: unas de naturaleza legal o reglamentaria, y otras de estirpe puramente contractual.”²⁵⁹

2.3.3 la jurisprudencia Arbitral y su influencia en la concesión de servicio público. Desde luego los laudos emitidos por los tribunales de arbitramento, han servido consistentemente para edificar y consolidar muchas posturas en materia de concesión de servicio público, a continuación se recogen los apartes de los fallos arbitrales que más han impactado la institución objeto de estudio y que profundizan acerca de aspectos de suma importancia en relación a este contrato de la administración pública.

En un primer orden se analizarán algunos temas importantes y se identificara la orientación doctrinal que el laudo arbitral ha querido imprimir en cada uno de ellos.

- **El desequilibrio económico del contrato**

²⁵⁹ Consejo de Estado. Sección tercera. Radicación número 13074. Sentencia del 30 de Noviembre de 2006. Consejero ponente: Ariel Eduardo Hernández Enríquez.

En el laudo arbitral Consorcio de ingenieros civiles asociados S.A Vs empresa de energía de Bogotá, que fue notable por aplicar la teoría de la imprevisión para indemnizar los perjuicios que se ocasionan con relación al desequilibrio económico del contrato. Básicamente uno de los problemas jurídicos más importantes que allí se plantearon puede ser resumido de la siguiente forma: “El consorcio reclama, como ya se ha dicho, el resarcimiento de los mayores costos derivados de haber tenido que contratar un arrendamiento que no había sido previsto originariamente. Como fundamento jurídico de su reclamación invoca la aplicación de la denominada teoría del hecho del príncipe, también llamada del álea administrativa, con el fin de que se imponga a la empresa el resarcimiento de los mayores costos en que aquel incurrió por la conducta de la oficina de cambios del Banco de la república.”²⁶⁰

En efecto en el presente caso, los contratistas ante la necesidad de efectuar la compra en el extranjero y posterior importación de una maquinaria especializada vital para la ejecución del contrato, proceden a darle esta destinación al anticipo para la ejecución, que es efectuado en dólares por parte de la entidad y elevan la solicitud del giro correspondiente para el pago en el extranjero de la maquinaria ante el banco de la república, que de conformidad a la resolución número 18 de 1.994 de la junta monetaria se pronunció negativamente ante la solicitud impetrada.

Sosteniendo como argumento de la decisión, que el mecanismo de giro anticipado es aplicable únicamente a importaciones cuando el proveedor lo exige como condición para la fabricación del bien. De esta manera y ante la imposibilidad de pago e importación de la maquinaria, el contratista ante el apremio de salir al cumplimiento del contrato, se vio en la necesidad de efectuar un arrendamiento de maquinaria, el cual incremento sus gastos alterando la ecuación económica del contrato, situación que sirvió de sustento para iniciar la integración y posterior reclamación ante el tribunal de arbitramento.

Uno de los fundamentos jurídicos para sustentar la reclamación, se basa en la aplicación de la denominada teoría del hecho del príncipe, también llamada del álea administrativa, con el fin de que se imponga a la empresa el resarcimiento de los mayores costos en que aquel incurrió por la conducta de la oficina de cambios del Banco de la república. Por lo tanto en el aludido laudo, se estudia a fondo la forma de aplicar esta teoría y sus pormenores, cuestión que a continuación será objeto de análisis.

²⁶⁰ Cámara de comercio de Bogotá “Laudo Arbitral Consorcio de ingenieros civiles asociados S.A, termotecnica coindustrial S.A Vs Empresa de energía de Bogotá. 10 de Agosto de 1.994

Para la justicia arbitral es claro entonces que los elementos básicos sobre los cuales gravita la teoría del hecho del príncipe, puede sintetizarse en los siguientes elementos configurativos: i) Debe tratarse de un acto de carácter general, ii) El acto puede emanar de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. iii) El acto debe generar alteración imprevisible del equilibrio financiero del contrato, en forma grave o anormal. Ya en aplicación práctica de la teoría al caso concreto, en palabras del mismo tribunal se dijo lo siguiente: “Al confrontar estos elementos con la situación objeto de análisis, se encontró que los actos emitidos por el Banco de la republica-oficina de cambios- no ostentan un carácter general; por el contrario se refieren y resuelven sobre una situación individual, concreta. En efecto, si bien la oficina de cambios se apoyó, como era su deber en las normas generales sobre la materia, para el tribunal es claro que las decisiones por ella proferidas no tienen el carácter general que se pretende postular.”²⁶¹

No obstante en cuanto a la generalidad del acto, la jurisprudencia del Consejo de Estado, viene aceptando que la teoría del hecho del príncipe puede configurarse aun frente a medidas de carácter particular, siempre y cuando fueran expedidas por la misma entidad contratante y que tenga la capacidad de alterar las prestaciones económicas del contrato.²⁶²

En esta interpretación de la teoría del contrato, los tribunales de arbitramento vienen aceptando que los actos constitutivos del hecho del príncipe, pueden ser proferidos bien por la misma entidad contratante o por cualquier órgano del Estado. De esta forma el avance de la doctrina proferida en sede de arbitramento, produce una evolución significativa en la adaptación de la teoría francesa del hecho del príncipe, que en una primera etapa o fase inicial en Colombia, se caracteriza por considerar que solo podrían ser tenidos en cuenta solo aquellos actos emitidos por la entidad contratante que actué como tal, con los poderes emanados del contrato, sino en el pleno uso de las atribuciones y competencias que le son propios como autoridad administrativa, contemplando cómo solo dignos de aceptación aquellos actos emitidos por la propia entidad contratante.

Luego y recomponiendo esta postura y sosteniendo que de hecho en esto precisamente radica la evolución de la posición doctrinaria registrada por el tribunal, pues pone de fundamento para resolver el caso que cualquier manifestación estatal puede ser generadora de alteración en relación al contrato, señalando perentoriamente lo siguiente: “No obstante, en la actualidad, es de

²⁶¹ Cámara de comercio de Bogotá. “Tribunal de arbitramento consorcio de ingenieros civiles y asociados Vs empresa de energía de Bogotá.” 10 de a de 1.994

²⁶² Consejo de Estado. Sentencia de 27 de Marzo de 1.992. M.P Dr Carlos Betancur Jaramillo

aceptación que también se configura el hecho del príncipe cuando el acto de carácter general es dictado por otras autoridades a condición de que estas pertenezcan al mismo nivel de la autoridad contratante, precisamente el profesor Argentino Miguel Marienhof cuyo texto ha sido citado por el señor apoderado del consorcio en relación con otros aspectos de esta teoría del hecho del príncipe, expresa sobre el particular que carece de toda transcendencia, entonces, que la medida perturbadora del equilibrio o ecuación económico-financiera del contrato provenga o no de la misma autoridad pública que celebró dicho contrato. Tal medida perturbadora, en todos los casos, será imputable al Estado, cualquiera sea el órgano o repartición de éste de que provenga la medida lesiva.”²⁶³

Estas distinciones efectuadas doctrinalmente por el tribunal de arbitramento, han servido de base para dar un más profundo alcance a la teoría del hecho del príncipe, pero resaltando un aspecto de justicia material del caso concreto, resultan siempre más benéficas para el contratista exaltándolo verdaderamente como un colaborador del Estado a quien hay que otorgarle un tratamiento mucho más benéfico, cuando por ocasión de una hiperinflación de carácter normativo del Estado, se vea afectado en sus legítimas aspiraciones económicas provenientes de la ejecución del contrato. No obstante la determinación en el acto lesivo, en la teoría general del riesgo contractual, abre paso también a nuevas consideraciones jurídicas, pero muy especialmente a la variación en la misma aplicación de las teorías existentes, para efectuar la restauración de los desequilibrios económicos presentes en el contrato estatal.

Desde luego se fundamenta la presente aclaración en que uno de los presupuestos inmutables para dar cabida a la adaptación de la teoría del hecho del príncipe, se fundamenta en que cuando el acto que efectúa la perturbación del equilibrio económico del contrato, proviene de una autoridad distinta a la contratante, con facilidad puede establecerse, que este es un acto administrativo o regulación legal que alcanza a escapar de las provisiones normales y de los cálculos financieros emitidos por la entidad para la celebración del contrato, de esta manera se produce aquí una importante variación teórica pues se estará por este solo hecho, mas ante la presencia de un alea económica, que frente a la consolidación de la teoría del hecho del príncipe y así de manera visionaria lo sostiene el tribunal en los siguientes términos: “En los supuesto mencionados, cuando el respectivo contrato resulte afectado o vulnerado por un hecho o acto ajeno o extraño a la autoridad estatal que lo celebró, es aplicable la teoría de la imprevisión (Aleá económica), quedando regido por ésta el acto lesivo del

²⁶³ Cámara de comercio de Bogotá. “Tribunal de arbitramento consorcio de ingenieros civiles y asociados Vs empresa de energía de Bogotá.” 10 de a de 1.994

contrato. Tratándose de esferas jurídicas distintas, la situación mencionada es enteramente asimilable a la del acontecimiento perturbador extraño o ajeno a la voluntad estatal (álea económica), quedando por ello encuadrado en la teoría de la imprevisión y no en la del hecho del príncipe (álea administrativa). Esta hipótesis es similar a la que se produciría si la medida o el hecho perturbador proviene de un Estado extranjero.”²⁶⁴

En ese entendido y al evaluar no solo el impacto, sino también la imprevisibilidad de la medida adoptada por el Banco de la Republica, para el tribunal es claro que este acto no puede catalogarse como imprevisible ya que: “El contratista conocía que debía someter la utilización del anticipo a las disposiciones vigentes en materia de utilización de recursos provenientes del exterior, entre los cuales están los que prescriben las autorizaciones por parte de la oficina de control de cambios del Banco de la Republica para la adquisición de maquinaria destinada a las obras que se ejecuten en Colombia, en cumplimiento de contratos”²⁶⁵

De todas maneras y pese al realce y valoración que en nuestro derecho administrativo se otorga a la jurisprudencia arbitral, nada obsta para efectuar de la mano de la más autorizada doctrina una revisión acerca del tema del equilibrio contractual, por lo menos en lo que tiene que ver con la teoría recién analizada del hecho del príncipe.

De manera general la teoría del hecho del príncipe desde el punto de vista de su tradición jurídica y doctrinaria ha partido siempre de la base de sus dos grandes definiciones; por un lado la expresión del hecho del príncipe en sentido lato y en sentido estricto. Lo relevante de estas dos acepciones se encuentra radicado en los posibles y diferenciados efectos que están contenidos en cada una de ellas.

Así por ejemplo ha sostenido la doctrina: “Que en sentido lato, la expresión hecho del príncipe se refiere a toda intervención de los poderes públicos, es decir, de cualquier órgano del Estado que afecte de cualquier forma, ya sea de manera directa o indirecta, la ejecución del contrato.”²⁶⁶ Como resulta evidente, esta definición en sentido lato desde luego se erige como una medida de protección jurídica del contratista que resulta afectado ante una alteración económica del contrato, pero que tiene como causa de imputación actos normativos o actuaciones estatales que en principio no han sido adoptadas para producir el

²⁶⁴ Cámara de comercio de Bogotá. “Tribunal de arbitramento consorcio de ingenieros civiles y asociados Vs empresa de energía de Bogotá.” 10 de a de 1.994.

²⁶⁵ Ibidém.

²⁶⁶ RODRIGUEZ R Libardo. “*El Equilibrio económico de los contratos administrativos.*” Editorial Temis S.A. Bogotá 2012 pág 67.

desequilibrio económico, sino que a contrario sensu, son medidas estatales emanadas de cualquier poder público que jamás han planeado o concebido producir la alteración contractual. “En cambio en sentido estricto, la expresión, que también se conoce como hecho de la administración, designa los actos provenientes de la administración pública contratante que, sin tener por objeto el contrato, generan efectos sobre el mismo en cuanto su ejecución.”²⁶⁷

Esta posición parece ser la más conflictiva, pues si bien no cabe duda que la medida o actuación provienen de manera directa de la administración contratante, se ha venido comprendiendo que la causa de la alteración contractual puede provenir de un acto consciente de la misma, llamado a alterar la ejecución del contrato, o por el contrario puede provenir de un acto de la misma administración contratante ajeno a la intención de alterar el contrato o más concretamente su ejecución.

Desde luego el alcance de esta definición en los diferentes ordenamientos jurídicos, condicionara los posibles efectos que la teoría en la práctica es capaz de desarrollar. Colombia y gracias a la posición del Consejo de Estado, ha estimado conveniente adoptar una posición más restrictiva, pues ha acogido la teoría del hecho del príncipe en sentido estricto, es decir la que propugna por solo aceptar la alteración por la administración directamente contratante, excluyéndose así todos los poderes estatales de manera general.. En tal sentido se expresó el Consejo de Estado al señalar que: “Se presenta el hecho del príncipe cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinario o anormal la ecuación financiera surgida al momento de proponer el contratista su oferta o celebrar el contrato, precisando sin embargo, que solo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante.”²⁶⁸

La percepción de esta teoría en sentido estricto, como lo ha dispuesto el Consejo de Estado impide que por la invocación del hecho del príncipe se pueda producir la restauración de las cargas prestacionales por la vía judicial, cuando la medida o actuación gubernamental que lo afecta, proviene de autoridades administrativas diferentes a la que efectuó la suscripción del contrato, lo cual resulta decisivo para el colaborador de la administración, que resulta lesionado en sus legítimas expectativas de lucro económico, pues debe en amparo de sus derechos buscar la

²⁶⁷ Ibidem pág 67.

²⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO. sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 18 de septiembre de 2.003. Exp 1996-0s631.

teoría correcta que reconozca el perjuicio y se enderece a autorizar su resarcimiento. Por fortuna el derecho administrativo Colombiano, inspirado en algunas teorías francesas si permite el ajuste de las cargas prestacionales contractuales en el evento que es objeto de análisis. Ante tan importante posibilidad, ha procedido a comentar la doctrina lo siguiente. “Los partidarios de esta comprensión del hecho del príncipe en sentido estricto consideran que las intervenciones de otras autoridades administrativas diferentes a la entidad pública contratante o de otros poderes públicos afecta el alea económico y no el alea administrativo, de tal manera que permiten dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, siempre que se cumplan todas las condiciones para la procedencia de esta causal de ruptura del equilibrio económico del contrato.”²⁶⁹

Ahora bien, si profundizamos en el funcionamiento de la teoría en Colombia gracias a la doctrina y a la jurisprudencia estudiada, se ha entendido que el hecho del príncipe como institución del derecho administrativo, es enteramente aplicable cuando se encuentra involucrada la entidad contratante en la afectación del equilibrio económico del contrato, pese a esta certeza resulta ahora imperativo examinar las clases de actuaciones que ejercidas en forma directa por la administración se encuentran llamadas a ser objeto de indemnización por la justicia administrativa.

En primera instancia de lo aquí acotado, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina puede señalarse que es posible encontrar dudas manifiestas en cuanto a la clase de actos que tengan la virtud de generar la indemnización, podría pensarse en principio que la sana crítica apunta a que sean aquellos actos que profiere la entidad en su función de contratista, pero ha sido la misma doctrina administrativa la que ha planteado la duda al respecto; por ejemplo se ha expresado lo siguiente. “consideramos que el hecho del príncipe es una de las causales de ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos que se presenta por la expedición de actos jurídicos o por actuaciones materiales, generales o particulares, de la entidad administrativa contratante, en ejercicio de atribuciones como autoridad pública y no como parte del contrato, que lo afectan haciendo considerablemente más oneroso para una de las partes su fiel cumplimiento.”²⁷⁰

Tantas incomprendiones en torno al funcionamiento de la teoría en Colombia como se ha podido ilustrar, hacen presagiar que la teoría del hecho del príncipe ha sido matizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en cuanto a su

²⁶⁹ Rodríguez R Libardo. “*El Equilibrio económico de los contratos administrativos*”. Editorial Temis S.A. Bogotá 2012 pág

²⁷⁰ *Ibidem* pág 70

aplicación original. Para aclarar esta situación se hace necesario formular el siguiente problema jurídico: ¿Es la teoría del hecho del príncipe en el derecho administrativo Colombiano una fiel adaptación de su proclamación original en el derecho administrativo francés o de manera contraria funciona bajo parámetros y adaptaciones distintas? Para despejar dicha incógnita se hace necesario indagar un poco más acerca de los postulados originales de la formulación de la teoría.

Desde esta perspectiva es prioritario proponer una reconstrucción histórica en cuanto a la formulación original de la teoría se trata. Por lo tanto las aplicaciones iniciales del hecho del príncipe “se circunscriben a una medida arbitraria y violenta, expedida con base en la fuerza coercitiva que ostenta el titular de la autoridad pública.”²⁷¹

Pese a esta noción general previamente establecida, el objeto directo sobre el cual recae la medida violenta o arbitraria, se fue modulando continuamente hasta que en el derecho francés no queda duda, que esta teoría recae directamente sobre las provisiones originales pactadas en torno a los contratos Estatales. Pese a ello la teoría empieza a desarrollar sus propios elementos diferenciadores con otras teorías resarcitorias del derecho administrativo: en vía de ilustración, si los actos llamados a alterar el contrato son efectuados por la administración con potestades contractuales se estaría frente a una autentica potestad de variación de la administración, generando una verdadera responsabilidad contractual, a contrario sensu , se generara una verdadera responsabilidad de orden extracontractual, cuando los hechos que enmarcan la alteración del contrato provienen del ejercicio de facultades y medidas ajenas a la actividad contractual en lo que podía concebirse como el auténtico campo de injerencia de la teoría del hecho del príncipe “Es posible que tales circunstancias dentro de las cuales se enmarcaron las provisiones económicas de las partes, resulten alteradas por decisiones o por comportamientos de la administración pública, sean de naturaleza contractual como ocurre en el caso de la teoría de la potestad variandi o de naturaleza extracontractual como en el caso de la teoría del hecho de príncipe, de tal manera que el fundamento para la aplicación de ambas teorías resulta común.”²⁷² Esto en relación a nuestra fundamentación histórica.

ya en la práctica, aspecto que es de especial interés en cuanto a que la circunstancia lesiva emana de la administración en el ejercicio de potestades públicas independientes de las facultades contractuales. Consecuencialmente es importante analizar la naturaleza de los actos ejecutados por la administración, para establecer su legalidad o ilegalidad, pero más que ello la calificación en

²⁷¹ Ibídem pág 170.

²⁷² Ibídem pág 171.

cuanto al obrar de la administración, para definir lo tocante al tipo de responsabilidad estatal que se deriva del hecho del príncipe, por eso con ayuda de la doctrina diremos: “Sin embargo, esos hechos de la administración no necesariamente son ilícitos sino que pueden ser ajustados a derecho y, además, su ejercicio no corresponde a actuaciones de la administración como cocontratante sino al ejercicio de las potestades propias de la administración pública, razón por la cual la doctrina ha señalado que la teoría del hecho del príncipe es una de las aplicaciones concretas de la responsabilidad de la administración sin falta.”²⁷³

En resumidas cuentas, esto que es una responsabilidad enteramente objetiva, ha sido en cuanto a sus elementos constitutivos claramente definida por la doctrina y esto permite afirmar que el hecho del príncipe como institución funcional de la administración, se estructura sobre los siguientes parámetros: “Las condiciones de aplicación de la teoría del hecho del príncipe pueden resumirse en las siguientes: a) la existencia de un daño o perjuicio sufrido por el contratista, b) la imprevisibilidad del hecho dañino o lesivo, c) la imputación del hecho dañino, a la autoridad pública, específicamente en la persona pública contratante y d) la existencia de una intervención administrativa jurídica o material de naturaleza extracontractual, que puede ser general o particular.”²⁷⁴

Ya habiendo aclarado mucho de los aspectos funcionales de la teoría del hecho del príncipe, ahora es menester analizar desde una posición más académica el aspecto de orden jurídico que es objeto de pronunciamiento por parte del laudo arbitral. Esto por la necesidad de justificar y explicar las razones y argumentos de derecho que fundamentan la decisión en el aludido fallo. En esa especial dirección el laudo arbitral y en específico los hechos constitutivos de la controversia, han mostrado que unos de los cuestionamientos jurídicos más apremiantes en torno a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, es precisamente la necesidad que aparece de determinar la entidad que produce o genera el desequilibrio. De esta manera uno de los aspectos más sensibles, se manifiesta en precisar cuáles son las condiciones que según la teoría debe cumplir la entidad estatal para que se genere el daño al particular contratante.

En un primer orden la cuestión se ha decantado de la siguiente manera: “La primera condición que debe verificarse para dar aplicación a la teoría del hecho del príncipe a un caso concreto, se refiere a que el hecho o acontecimiento que

²⁷³ *Ibidem* pág 74.

²⁷⁴ *Ibidem* pág 76.

modifica las condiciones de ejecución del contrato debe ser imputable a la entidad pública contratante.”²⁷⁵

Y esta podría decirse es la dirección correcta que el desarrollo de la doctrina internacional ha querido imprimir a la teoría del hecho del príncipe, sin que en principio en uso de una buena técnica de adaptación del derecho comparado, sea dable imponer nuevas matices que terminen por trastocar los elementos constitutivos de la teoría, así por ejemplo y ya comentando el desarrollo y el alcance de la teoría del hecho del príncipe en el derecho francés que es su referente inmediato, dice el profesor Libardo Rodríguez lo siguiente: “La jurisprudencia y doctrina Francesa sostienen que la medida administrativa perturbadora debe provenir única y exclusivamente de la entidad pública contratante. Si la intervención proviene de una autoridad diferente, nos encontramos frente a un supuesto que permite dar aplicación a la teoría de la imprevisión, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos que permiten darle aplicación.”²⁷⁶

En conclusión estos serían los parámetros jurídicos actuales para configurar la teoría del hecho del príncipe en la doctrina foránea, pero también en el derecho administrativo Colombiano, que por la vía jurisprudencial ha sido cuidadoso en acoger esta posición en los siguientes términos: “El hecho del príncipe se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del contratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad extracontractual de la administración sin culpa.”²⁷⁷

En este mismo sentido también otros laudos arbitrales, se han pronunciado sobre aspectos muy importantes relativos al desequilibrio contractual, a modo de ejemplo en el tribunal de arbitramento Arinco S.A Vs Fondo Aeronáutico nacional, se trataron específicamente importantes aspectos del fenómeno del desequilibrio contractual, que resultan muy pertinentes y aplicables a la concesión de servicio público. De modo paralelo a lo que ocurre en la formación de la teoría del desequilibrio económico dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, los tribunales de arbitramento han adoptado los mismos conceptos generales de la doctrina administrativa para efectuar su aplicación generalizada.

De este modo la existencia misma del desequilibrio contractual, impone necesariamente un quebrantamiento inicial de las prestaciones contractuales en

²⁷⁵ Ibídem pág 78.

²⁷⁶ Ibídem pág 80-81

²⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2.003 exp 14.577.

detrimento de las legítimas aspiraciones económicas del contratista como colaborador de la administración. Como, sustento de ello el tribunal de arbitramento se pronunció reconociendo este derecho, en los siguientes términos: “Como se ha sostenido doctrinariamente, el lícito beneficio económico buscado por el contratista debe ser asegurado, y ese seguro que cabe expresar no como una garantía contra eventuales déficit de la explotación sino como una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes debe preservarse durante todo el tiempo de ejecución del contrato. Con tal finalidad, las leyes de tiempo atrás. Consagran la posibilidad de que se pacten en el contrato cláusulas que permitan el ajuste de los factores que previsiblemente puedan afectar los costos tenidos en cuenta al contratar.”²⁷⁸

Para la jurisprudencia arbitral, una vez se ha reconocido la necesidad de efectuar un equilibrio del contrato, como un derecho reconocido al contratista, seguidamente en el caso objeto de estudio se empiezan a analizar los mecanismos utilizados habitualmente en sede de arbitramento para emprender el restablecimiento de las prestaciones económicas. Desde luego y como hilo conductor al tema del desequilibrio contractual, es recurrente que la jurisprudencia arbitral acuda necesariamente a la teoría de la imprevisión como marco de justificación para ordenar el equilibrio prestacional de las cargas contractuales que han sufrido la ruptura.

Desde el punto de vista teórico, es bien sabido entonces que a nivel doctrinal, la teoría de la imprevisión “toma en consideración el álea económico, y del hecho del príncipe estructurada ésta entorno del denominado alea administrativo y que la doctrina distingue del *ius variandi* o potestad de modificación del contrato que en cuanto contratante ostenta la entidad pública.”²⁷⁹

En suma es claro que las fuentes de desequilibrio contractual, han sido entonces muy bien resumidas por la jurisprudencia arbitral, que distingue con precisión la teoría de la imprevisión y el *ius variandi* como potestad unilateral de la administración, y los identifica como fuentes predominantes de modificación de las condiciones contractuales y que por lo tanto son llamadas a engendrar el desequilibrio económico de los contratos estatales.

Llama la atención de lo expuesto que el *ius variandi*, como potestad unilateral que es, entraña una facultad dispositiva de la administración que se usa

²⁷⁸ Cámara de comercio de Bogotá. “TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Arinco S.A Vs Fondo Aeronáutico Nacional.17 De feb de 1.994.

²⁷⁹ Ibidém.

voluntariamente por parte del ente contratante, solo bajo la ocurrencia de especiales condiciones de justificación que hagan meritorio el despliegue de estas facultades unilaterales, de tal suerte que su uso gravita dentro del terreno de la previsión y en cierta medida de la planeación administrativa para conjurar situaciones especialísimas que amenacen fundadamente con la ejecución del mismo contrato. Vale resaltar entonces que frente a la definición de las características del IUS VARIANDI, sobresale ante todo la mediación de la voluntad administrativa, dirigida de la forma más consciente a producir una alteración de las cargas prestacionales.

Cosa diferente ocurre en relación al mismo funcionamiento de las teorías que permiten equilibrar el contrato con relación al alea administrativa, pues estas nunca implican la intervención de una voluntad administrativa planificada y calculada para su consumación. En palabras del tribunal de arbitramento esta ausencia del elemento volitivo, ha sido expresada de la siguiente forma: “Para los efectos del ulterior análisis de las pretensiones postuladas por la sociedad demandante es pertinente indicar las características de las instituciones que gravitan sobre el llamado alea económico del contrato, dispuestas por el derecho para los supuestos que alteren, sin injerencia de la voluntad de una de las partes contratantes, en especial de la entidad pública, el equilibrio financiero del contrato, expresado a través de la razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes, durante la ejecución del mismo.”²⁸⁰

De esta manera la aplicación en concreto de la teoría de la imprevisión, ha servido para solucionar de forma práctica el desequilibrio económico que surge cuando el contratista por motivos imprevistos ha tenido que incurrir en mayores costos, son aquellas situaciones en que las partes “fundadas en lo razonablemente previsible al celebrar el contrato avizoran y buscan corregir mediante instrumentos plasmados en el mismo contrato, en desarrollo de disposiciones legales, de aquellas circunstancias futuras no previsible razonablemente en el momento del acuerdo contractual.”²⁸¹

Desde luego se trata de mecanismos legales que se plasman en el clausulado contractual, fijando las pautas que permiten en todo tiempo y ante la ocurrencia de un riesgo insuperable, implementar soluciones adecuadas que posibiliten la recomposición de las prestaciones contractuales. No obstante y si de manera anticipada no se efectúa la pertinente formulación de los mecanismos de ajuste contractual y su debida procedencia ante situaciones concretas, cabe resaltar que

²⁸⁰ Ibídem.

²⁸¹ Ibídem.

la aplicación de la teoría de la imprevisión es de orden público y por ende, podría el juez del contrato ejercer una recomposición de las cargas contractuales, ajustando financieramente los desequilibrios, sin que exista la necesidad de establecer anticipadamente las formas contractuales de ajuste, la razón para que en la aplicación de la teoría de la imprevisión el juez goce de esta potestad se funda básicamente , en que: “Se proclama que todo lo atinente a la aplicación de la teoría de la imprevisión dentro de los contratos administrativos es de orden público pues no representa únicamente una ventaja económica para el contratante, sino ante todo es un medio de asegurar, un beneficio del interés público general, el cumplimiento de los contratos administrativos.”²⁸²

En consonancia con lo hasta aquí expuesto, se ha podido encontrar dos métodos efectivos para efectuar la restauración del equilibrio contractual perdido, se trata como se dijo de: i) la aplicación de la teoría de la imprevisión que se basa en supuestos de hecho excepcionales y ii) el régimen de mayores costos previsibles que se aplica en situaciones normales, por aumentos también previsibles del mercado. Aclarando un poco más este punto la jurisprudencia arbitral ha sostenido: “La teoría de la imprevisión ofrece soluciones excepcionales que, según los países, van desde la rescisión del contrato hasta el pago de indemnizaciones parciales a título de colaboración para que el objeto del contrato no se frustre; El régimen de mayores costos por principio tiende a mantener lo más exactamente posible que sea la ecuación económica financiera tenida en cuenta al celebrar el contrato, no tiene como objetivo llegar a la rescisión del contrato ni indemnizar parcialmente al contratista, sino repararlo integralmente y lograr la normal continuación y conclusión del contrato, mientras que la teoría de la imprevisión se aplica a todos los contratos administrativos sin excepción y sus reglas son iguales para todos los contratos.”²⁸³

De esta manera el punto que creemos realmente problemático, se encuentra en la selección de las teorías aplicables para proceder a efectuar el equilibrio contractual, de esta manera la selección del mecanismo para desarrollar el ajuste dependerá de la capacidad o no de poder prever la ocurrencia del riesgo contractual, resulta entonces de inmensa ayuda precisar que para esta especial tarea, el régimen de los mayores costos se aplica según las teorías expuestas, cuando la administración hace uso del *ius variandi*, como potestad unilateral de manera voluntaria en la búsqueda del aseguramiento del contrato y la realización del objeto del mismo, esta facultad puede resumirse como una manifestación del poder de dirección y vigilancia en la ejecución que se deriva de la facultad de

²⁸² Ibidém

²⁸³ Ibidem.

contratación, esta capacidad de variación generalmente es instrumentalizada por medio de cláusulas contractuales que estipulan su forma de operar generalmente contemplando la compensación sobre los mayores costos. De esta manera en la figura en comento o sea en los mayores costos “se establecen previamente los mecanismos que permiten detectar las variaciones y los correctivos razonables y previsibles.”²⁸⁴

Mientras que en la teoría de la imprevisión, se busca el restablecimiento de la ecuación para colocar la contratista en condiciones de cumplir el contrato, pero una vez entendidas las diferencias sustanciales de los dos medios jurídicos de reajuste, pero sobre todo de resaltar que la diferencia entre una y otra se centra en lo imprevisible, lo realmente novedoso del fallo arbitral que es objeto de análisis frente a las teorías de reajuste contractual, es la posibilidad de emplearlas simultáneamente para equilibrar la ecuación contractual, siempre y cuando que la alteración provenga de hechos múltiples, pero con una naturaleza jurídica distinta, es decir unos hechos generados por el *ius variandi* como facultad unilateral consciente de la administración, y otros hechos que se sustentan en la falta de voluntad administrativa y que caen en el campo del *alea administrativa*, desatando la aplicación indiscutible de la teoría de la imprevisión, así lo expresa la jurisprudencia arbitral en cita, señalando: “suele ocurrir que además de las alteraciones previsibles del mercado expresadas en el contrato, se presenten alteraciones que al momento de la celebración no fueron razonablemente previsibles o que en virtud de los deberes de asegurar la realización del objeto del contrato, la administración haya requerido ejercer la potestad de modificar el contrato. También puede suceder, y así lo reconoce la doctrina que la aplicación de los mecanismos de actualización de precios (mayores costos) no sea suficiente para solucionar el desequilibrio contractual o que la potestad de variación rebase los condicionamientos que se hubieren pactado. Pero, sin perjuicio de la concurrencia en la aplicación habrá de estudiarse en cada supuesto cuáles son los requisitos para la puesta en marcha y efectividad de dichos instrumentos de corrección.

- **La asignación de riesgos contractuales**

Tal y como aquí ha sido objeto de análisis, el tema concreto de la asignación de riesgos, también ha sido objeto de continuo estudio por parte de la jurisprudencia arbitral, un importante asunto que aclara muy bien el tema de la asignación de riesgos, se da en aquellos contratos que estipulan un precio global, entendidos

²⁸⁴ *Ibíd.*

como aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios, y es precisamente este hecho que lo convierte en el único responsable de la vinculación de personal en la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual se realiza a su propio nombre y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos. O como lo expresara la justicia arbitral: “En síntesis, al convenirse esta forma de pago, el contratista asume la responsabilidad de ejecutar la obra, tal y como aparece en los estudios y diseños que sirvieron de base al acuerdo de voluntades. La entidad contratante, por su parte, se compromete a pagar el precio global acordado y a responder por la exactitud de los estudios que sirvieron de base para que el contratista formulara su propuesta y celebrara el contrato.”²⁸⁵

Pero a pesar de sentar la anterior regla de asignación de riesgos, el tribunal de arbitramento es también consciente de la existencia de otros parámetros de valoración que complementan al expuesto. Se plantea entonces una política de distribución de los riesgos fundamentado según el tribunal en los siguientes principios:

“i) Contar con información confiable para reducir la percepción de los riesgos.

ii) Identificar y asignar de forma clara los riesgos a las partes en los contratos

iii) Asignar los riesgos de manera que se minimice el costo de su mitigación

iv) Asignar cada riesgo a la parte que mejor lo pueda controlar.”²⁸⁶

Ya en cuanto al riesgo propiamente dicho, el tribunal en cita ha efectuado un profundo análisis, primero con la definición del riesgo contractual y segundo con la identificación de ciertos parámetros para su asignación. Ya en relación a la definición de riesgo, acertada y convenientemente el tribunal señaló lo siguiente: “¿Qué debe entenderse por riesgo? El diccionario de la real academia de la lengua, en una de sus acepciones define al riesgo como el dicho de acometer una empresa o de celebrar un contrato: sometiéndose a influjo de suerte o evento sin poder reclamar por la acción de estos. Es una definición que sin comprender gran contenido jurídico ilustra con mucha precisión lo que implica el riesgo contractual. Se trata de someterse al influjo de suerte o evento propio de acontecer comercial que es asumido por cada una de las partes en el contrato. No puede pasarse por alto que la ejecución de un contrato, que es la traducción jurídica de una operación económica, conlleva una serie de aleas que son propias de la actividad que

²⁸⁵ Cámara de comercio de Bogotá. Concreto S.A, Soletanche Bachy Cimas S.A Vs Empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá

²⁸⁶ *Ibidem*

ejecuta una de las partes. Así por ejemplo el constructor en un contrato de obra está expuesto al riesgo de las variaciones razonables de precios de los materiales o al hurto de ellos cuando se encuentran en la obra. Y no podría pretender que por una variación de precios generada por el cambio de anualidad o por el hurto de los materiales, se le indemnizara o reparara, por dos simples razones a saber: 1) porque esa variación o esa pérdida son elementos intrínsecos a su actividad, y 2) porque la obligación indemnizatoria solo surge cuando está precedida de una responsabilidad de la otra parte.²⁸⁷

- **La visión de la justicia arbitral frente a la política de asignación de subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios**

Si bien existen normas explícitas aplicables como la ley 142 de 1.994, la ley 286 de 1.996, ley 632 de 2.000, ley 715 de 2.001 y 812 de 2.003 y los decretos 565 de 1.996 y 1.013 de 2.005, los municipios por ser una de las entidades señaladas en el artículo 368 de la C.P, podrán conceder subsidios a sus respectivos presupuestos para los servicios de acueducto alcantarillado y aseo, pero deben señalar la entidad prestadora que repartirá el subsidio, el reparto debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que este debe cancelar, conforme a lo dispuesto en la ley 142 de 1.994 y en los respectivos acuerdos municipales, los subsidios no excederán en ningún caso el valor de los consumos básicos o de subsistencia, para asegurar la transferencia, las empresas que presten los servicios firmarán contratos con el municipio, y la transferencia de recursos que haya autorizado por la vía contractual un municipio para subsidios se deberá hacer a la empresa prestadora en un plazo de 30 días, contados desde la misma fecha en que se expida la factura a cargo del municipio. En esa dinámica de los acontecimientos en este tipo de contratos que aseguran la transferencia se han presentado algunas controversias que han podido solucionarse por medio de los tribunales de arbitramento y donde se ha podido profundizar acerca de la naturaleza jurídica del subsidio y de la competencia de los alcaldes para suscribirlos, se aclara que este es un tema de tanta importancia que impacta directamente a la concesión de servicio público, por ser un mecanismo efectivo para asegurar que las tarifas puedan cubrir los costos en que incurre el operador del servicio.

En consideración a ello en desarrollo del artículo 6 del decreto 57 de 2.006, los municipios pueden comprometerse mediante contratos a cubrir las sumas faltantes entre subsidios y contribuciones, como un mecanismo transitorio mientras se obtiene el equilibrio, desde luego este tipo de contratos resultan idóneos y muy útiles para transferir del presupuesto estos subsidios, no desconociendo que su

²⁸⁷ Ibídem

mismo recaudo e incorporación a los recursos de las entidades territoriales es un procedimiento previo ya que en los presupuestos de los municipios, los subsidios para el servicio de acueducto se clasificarán en el gasto público social, como inversión social. Ya dentro de la estricta óptica hacendística podrán utilizarse como fuentes de los subsidios: los ingresos corrientes y de capital, la participación en los ingresos corrientes de la nación, los impuestos que para tal efecto trata la ley 142 de 1.994 y los recursos provenientes de la ley 44 de 1.996 y donde se prohíbe la utilización de recursos de crédito para atender estos subsidios.

Una vez se ha agotado la fase de la obtención de los recursos, los concejos municipales están en la obligación de crear fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos y en general constituyen un mecanismo administrativo que sirve para realizar la administración de los recursos que se destinan para pagar subsidios, en cualquiera de los servicios públicos. Aclarando un poco más el funcionamiento de este sistema de financiación de los servicios públicos en el nivel municipal, ha dicho la corte constitucional lo siguiente: “la corte ha precisado que el legislador estableció dos mecanismos para lograr que, con tarifas por debajo de los costos reales del servicio, la población de escasos recursos pudiese acceder a los diversos servicios públicos domiciliarios y cumplir así con los principios de solidaridad y redistribución del ingreso que impone la constitución en esta materia. El primero de estos mecanismos lo constituyen los subsidios que pueden otorgar la nación y las distintas entidades territoriales dentro de sus respectivos presupuestos (art 368 de la C.P). Subsidios que por disposición de la propia ley, no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia. Por tanto, cuando estos se reconocen corresponde al usuario cubrir los costos de administración, operación y mantenimiento (art 99 de la ley 142 de 1.994.) El segundo mecanismo es el recargo en la tarifa del servicio que están obligados a sufragar los usuarios pertenecientes a los estratos 4,5,6, como los de los sectores industrial y comercial. Este sobrecosto en el servicio es denominado de distintas formas. Por ejemplo, la ley 142 de 1.994, lo denomina factor, la ley 143 de 1.994 contribución y la ley 223 de 1.995 sobretasa o contribución especial. Dadas las características de este recargo, considera la corte que este es impuesto con destinación específica, independiente de la manera como ha sido denominado por distintas leyes.”²⁸⁸

Si bien puede estimarse que estas son las reglas legales y jurisprudenciales que gobiernan la interpretación del régimen de subsidios en Colombia, la justicia

²⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-086/98. M.P Dr Jorge Arango Mejía.

arbitral también ha podido pronunciarse sobre este tema específico, desde luego sin contrariar de ninguna manera la posición que ha tomado al respecto la corte constitucional, por el contrario ha extendido los efectos de la sentencia comentada, para dirimir los conflictos a ella encomendados, no obstante tal y como se precisara en seguida, la justicia arbitral ha querido ir más allá precisando algunas cuestiones de carácter técnico u operacional del sistema de subsidios. De esta manera se señaló lo siguiente: “Como lo anticipo el tribunal en su análisis previo y además se encuentra necesario reiterar que los municipios tienen una obligación constitucional y legal de otorgar subsidios para el consumo de agua potable y saneamiento básico a los estratos subsidiables, pero el cumplimiento de esta obligación tiene límites, dentro de los cuales puede cumplir y satisfacer válidamente esa obligación. Como lo ha reconocido la jurisprudencia que reseño el tribunal y según se desprende con suma claridad de la reglamentación de la ley 142 de 1.994, la obligación de subsidiar, tiene entre otros los siguientes límites: no es una obligación exclusiva de los municipios y por el contrario es compartida con los usuarios y con otras entidades del Estado; puede ser parcial, es decir no hay obligación constitucional ni legal de subsidiar el consumo; debe propenderse por lograr el equilibrio entre contribuciones y subsidios y si se anticipa un déficit, la empresa prestadora del servicio debe hacer un programa de ajuste tarifario, el cual puede incluir reducir el monto del subsidio; anualmente es obligación del municipio establecer la política de subsidios y presupuestar los mismos, cuyo monto presupuestado, puede ser inferior al monto que surge de aplicar las fórmulas tarifarias; y las empresas prestadoras, por política comercial, pueden asumir parte del déficit. Por las razones de derecho antes resumidas, el tribunal considera que, en ausencia de un acuerdo expreso que cuente con las autorizaciones previas que exige la ley, sería contrario al régimen legal de subsidios interpretar que solo con base en dicho régimen legal los municipios están autorizados a pagar todo el déficit de subsidios que se genere, cuando dicho monto no esté por las apropiaciones presupuestales, exceda lo aprobado en el presupuesto de rentas y gastos o carezca de las autorizaciones respectivas.”²⁸⁹

2.3.4 La concesión de mercado y las áreas de servicio exclusivo. Este tema en nuestro país representa una de las evoluciones más significativas del contrato de concesión de servicio público. Es también, y tal como lo señalamos, necesario efectuar el estudio de análisis de tan novedosa, por así decirlo, modalidad del contrato de concesión de servicio público, hoy en pleno desarrollo y aplicación por parte de las administraciones públicas. Lo primero que se debe señalar al respecto y de igual forma como se indicó en relación al contrato de concesión de servicio público, ha sido la ley la encargada de establecer esta modalidad de prestación de

²⁸⁹ Centro de conciliación y arbitraje de Barranquilla. Tribunal de arbitramento Barranquilla Distrito especial, industrial y portuario Vs Sociedad de acueducto alcantarillado y aseo de Barranquilla S.A e.s.p.

los servicios públicos domiciliarios, que será en todo caso el ámbito de aplicación de las áreas de servicio exclusivo y el marco limitativo de esta investigación, pues el legislador quiso en todo tiempo que estas fueran aplicadas en Colombia a este tipo de servicios. En tal sentido, el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, ha dispuesto lo siguiente: “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 energía eléctrica se puedan extender a las personas de menos ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivos, en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos podrá 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.”²⁹⁰

Del mismo modo y en una ampliación legislativa de esas áreas de servicio exclusivo, el Artículo 9 de la Ley 632 de 2000²⁹¹ estableció los esquemas de prestación de servicio público domiciliario de aseo para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y productores y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, pudiendo asignar para ellos áreas de servicio exclusivo mediante la celebración de contratos.

Así las cosas y en virtud de la normatividad aquí referenciada, el establecimiento y otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación de actividades de los servicios públicos domiciliarios de aseo, acueducto y alcantarillado, distribución de gas natural, y de energía eléctrica se efectúa por medio de contratos de concesión adjudicados previo agotamiento de un proceso licitatorio público. Por esta razón y pese a los específicos señalamientos y habilitaciones establecidos por las leyes, la concesión de mercado en la práctica se viene utilizando principalmente en aseo y en gas natural por redes. Es de nuestro interés enfocar la presente investigación a estos contratos que estrictamente son concesiones de mercado. No obstante, se debe hacer especial claridad en que el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, si bien siguen la observación del procedimiento de contratación pública, contemplado en la ley 80 de 1993 y en la ley 1150 de 2.007, como modalidad de prestación de los servicios públicos, es ante todo la excepción, pues debe recordarse que la regla general, que incluso es de carácter

²⁹⁰ Ley 142 de 1994. Artículo 40.

²⁹¹ Ley 632 de 2000. Artículo 9.

constitucional, es la libertad de entrada, que permite la pluralidad y la libre concurrencia de prestadores.

Lo que se busca en este nuevo modelo de prestación de los servicios públicos es la eliminación de los títulos habilitantes, que en esta materia económica, eran verdaderos obstáculos para que se adelantara una auténtica libertad por los particulares que quisieran efectuar el ejercicio de estas actividades. Aún, para gas natural, acueducto y alcantarillado tiene que demostrarse ante la C.R.E.G y la C.R.A que el Área de Servicio Exclusivo es el único medio de llegar a los usuarios pobres. En las de aseo se eliminó esa exigencia en virtud de la ley 632, pero siguen siendo una excepción. Lo mismo ocurre con las concesiones de electricidad (Ley 143): solo si no hay un empresario que quiera atender un mercado puede utilizarse la concesión.

En cuanto, al servicio público de acueducto y alcantarillado, la ley 142 de 1994 ha establecido una serie de requisitos de orden tarifario, requisito que es conocido como el elemento tarifario, que de manera obligatoria es incluido como cláusula en el contrato de concesión. Estas disposiciones de orden tarifario, pueden encontrarse contempladas, como se señaló, de manera obligatoria en los contratos como una fórmula de orden sacramental y que a manera de reseña se encuentran contenidas en el inciso final del artículo 39 de la ley 142 de 1994, que sobre este aspecto dispuso que: “cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permitan al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la formula tarifaria que aplicaría”²⁹². Norma que fuera derogada por el artículo 4 de la ley 689 de 2001 y que dispusiera que el párrafo anteriormente citado quedara redactado de la siguiente forma: “Parágrafo. Salvo los contratos de que tratan el párrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se registrarán por el derecho privado. Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte. “Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permitan al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetos a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la formulación tarifaria que aplicará.”²⁹³

Sin embargo es vital precisar que para el buen entendimiento del artículo citado, es muy importante indicar que las fórmulas tarifarias que de manera genérica adopta la C.R.A. por resolución no encuentran una efectiva aplicación a las concesiones de área de servicio exclusivo, ya que, para esa específica modalidad

²⁹² Ley 142 de 1994. Artículo 39.

²⁹³ Ley 689 de 2001. Artículo 4.

de prestación de los servicios, las tarifas son pactadas directamente en el respectivo contrato de concesión. De todas formas debe aclararse que los valores resultantes no pueden exceder lo que arrojaría la aplicación de las fórmulas tarifarias diseñadas por la C.R.A.

En el mismo sentido, se prevé la intervención de la comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico cuando se presenten los eventos contemplados en el párrafo 1 del artículo 87 de la ley 142 de 1994. Esto es, cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que las empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios regulados por la ley 142 de 1994. Ya dentro del esquema de prestación de áreas de servicio exclusivo de gas domiciliario, se han efectuado ciertas precisiones que se hace necesario comentar. En un primer orden y fuera de lo preceptuado por el artículo 40 de la ley 142 de 1994, el artículo 174 de la misma ley es claro en señalar que la conformación de áreas exclusivas para la prestación de este servicio estará siempre inspiradas en motivos de interés social. Tal como anteriormente se mencionó, una apropiada interpretación del artículo partiría eminentemente aceptar que la utilización de las mencionadas áreas de servicio exclusivo está prevista como un verdadero mecanismo excepcional para la prestación del servicio. Como se sabe, la regla constitucional prevista es la libre entrada para la prestación de los mismos, por tal motivo, cada vez que la administración tome la decisión de configurar estas áreas para la prestación de los servicios públicos mencionados, debe siempre demostrar de manera legítima que éste es el único mecanismo que permitiría la expansión para que la cobertura llegue a los usuarios de menores recursos.

Se persigue siempre la búsqueda permanente que, en el desarrollo y ejecución de esta actividad, se efectúen de una manera razonable, al punto de permitir la expansión y cobertura de este servicio a la población que cuenta con menos recursos económicos. Frente al término de otorgamiento de la concesión, se fijó un plazo que será imputable solo a gas natural. Igualmente, sobre este punto específico se debe precisar que el plazo de veinte años fijado por la ley 142 de servicios públicos es un plazo de carácter general que habilita a la administración para desarrollar durante su vigencia la suscripción de los contratos de concesión a que haya lugar, sin que esto signifique que todas las concesiones que se efectúen para el servicio público de gas tengan una duración de veinte años. Lo que realmente es de fácil verificación es que las concesiones que se otorguen vencerán en julio del año 2014. Al respecto, es decir en materia de plazos, debe aclararse que para los demás servicios, la ley 142 no fijó más plazos. En cuanto al servicio público de electricidad, la ley 143 sí fijó un plazo de 30 años, renovables por otros 20 años.

Es de precisar que para la conformación de estas áreas de servicio exclusivo, la ley en mención ha previsto que los contratos de concesión que se utilizan como medio jurídico para el alcance de dichos fines deberán contemplar la utilización de cláusulas de exclusividad, que establecen que ninguna otra empresa podrá prestar el servicio de distribución en esa área. Fue así como el Ministerio De Minas y Energía, “por resolución número 80640 del 11 de Abril de 1997, adjudicó mediante contrato la concesión exclusiva a gas E.S.P por el termino de 17 años a partir del 9 de Mayo de 1997, para prestar el servicio público de transporte, distribución y comercialización de gas líquido propano (glp) y gas natural, por propanoductos y gasoductos en el área denominada área del Valle del Cauca, prestación que comprende la construcción, operación y mantenimiento de sus tuberías y equipos, incluyendo las acometidas de su propiedad, para cada uno de los inmuebles con gas en los 23 Municipios que conforman la concesión. El termino de duración de exclusividad (distribución y/o comercialización a los usuarios regulados) es hasta el día 30 de Julio de 2014.”²⁹⁴

Debe señalarse que el decreto 605 de 1996 reglamentó la ley 142 de 1994 en relación con la prestación del servicio público domiciliario de aseo, reglamentación que explica de manera detallada el conjunto de actividades que componen la prestación de este servicio. Es igualmente importante aclarar que las concesiones eléctricas no siguen las mismas reglas de la ley 142 de 1994, ya que ellas tienen su propia normatividad, que fue prevista por el legislador ordinario en la ley 143 de 1994. Esta norma aglutinó todo el régimen regulatorio de este contrato. En dicho sentido y por vía de ejemplo, el artículo 55 preceptuó que “mediante el contrato de concesión, la nación, el departamento, el municipio o distrito competente podrán confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad a una persona jurídica privada o pública o a una empresa mixta, la cual lo asume por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.”²⁹⁵

Debido a las especificidades propias del servicio público de electricidad, la ley condiciona a las entidades competentes para que los contratos a suscribir establezcan con claridad las condiciones de prestación del servicio, las condiciones y las formas de remuneración para el concesionario. De la misma

²⁹⁴ GUERRERO SUAREZ Fernando. CAMACHO LLANO Fernando. “Gas natural en Colombia- gas E.S.P. Estudios gerenciales.” Abril-Junio, Número 087, Universidad ICESI. Cali Colombia. Pág 126 <http://redayc.uaemex.mx/redalic/pdf/212/2120870>.

²⁹⁵ Ley 143 de 1994. Artículo 50.

manera, es decir por la vía contractual, se establecerán las sanciones por incumplimiento, la liquidación de los bienes y en general todos los aspectos que permitan preservar los intereses de las partes, dentro de un sano equilibrio.

De la misma manera, el artículo 62 se pronunció sobre el término de duración de la concesión de la siguiente forma: “El término de duración del contrato de concesión será fijado en cada caso por la entidad concedente y no podrá exceder los treinta (30) años, contados desde el momento de perfeccionamiento del contrato. Así mismo el concesionario podrá solicitar su renovación hasta por veinte años, con una anticipación no mayor de treinta y seis meses (36), ni menor de 12 meses al vencimiento del plazo del contrato. El concedente resolverá sobre el otorgamiento de la prórroga dentro de los seis meses siguientes a la petición, atendiendo a los criterios técnicos, económicos, operativos y ambientales.”²⁹⁶

Es de anotar que fuera de las pocas especificaciones efectuadas por la ley en estas materias, el centro de producción normativa para establecer los contenidos de estos temas se ha ido trasladando paulatinamente a los entes de carácter regulador, quienes por su altísimo nivel de especialidad, vienen efectuando todo el desarrollo jurídico y de aplicación de este tipo de modalidad para la prestación de los servicios públicos, estableciendo posturas muy definidas en varios temas de gran incidencia. Por ejemplo ha sido la misma comisión de regulación de agua potable la que ha venido determinando las condiciones que deben llenar este tipo de contratos: En consecuencia, podemos ilustrar cómo en la resolución 02 de 1996 se dijo:

“Artículo 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 considera la exclusividad de la prestación del servicio.
- b. Cobertura. Número de usuarios por estrato a los que se proporcionará el servicio durante el plazo del contrato y programas de expansión.
- c. 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 otorgó al contratista. Las medidas deben tener relación directa y

²⁹⁶ *Ibíd.* Artículo 62.

proporcional con este objetivo y no deben implicar restricciones adicionales o innecesarias a la competencia.”²⁹⁷

Continuando con esta ejemplificación de la influencia del poder regulatorio en los contratos de concesión de servicio público por medio de áreas de servicio exclusivo, en la resolución C.R.A. 11 de 1996 se establecieron las modalidades de prestación del servicio que son objeto de exclusividad. Así, citamos el artículo 4: “Artículo 4 –Modalidades de prestación del servicio que son objeto de exclusividad. El área de servicio exclusivo podrá comprender las modalidades de prestación de servicio ordinario y de servicio especial, exceptuando de esta última modalidad la prestación del servicio de aseo para residuos de carácter peligroso, hospitalario e infeccioso.”²⁹⁸

Pero el papel regulador de la comisión no se agota en este punto y ha llegado a pronunciarse –tal vez este es uno de sus papeles más determinantes- sobre la real existencia de los motivos que permiten “establecer áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio exclusivo público domiciliario de aseo, en el distrito cultural y turístico de Cartagena”.²⁹⁹

En esta oportunidad, como en muchas otras de la misma naturaleza, la C.R.A. se pronunció sobre la viabilidad de la creación de un área de servicio exclusivo. Este mismo fenómeno ha venido ocurriendo en la comisión de regulación de energía y gas. Su poder regulatorio se expresa cada vez más en una verdadera producción normativa que se ocupa de los aspectos más influyentes del contrato. Por ejemplo en la resolución C.R.E.G. 118 de 1996, por la cual se modificaron las resoluciones C.R.E.G 015 y C.R.E.G. 022 de 1995, en relación con el área de servicio exclusivo de Centro y Tolima se dispuso: “Artículo 2: Que luego de verificar el cumplimiento de los motivos que permiten incluir esta modalidad contractual en los contratos de distribución de gas, la comisión ha encontrado que tales motivos se cumplen en el área conformada por el Ministerio de Minas y Energía”.³⁰⁰ En esta resolución

²⁹⁷ Resolución C.R. A Numero 02-96. “Por medio de la cual se establecen reglas sobre los contratos de concesión para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, para la prestación del servicio público y acueducto y alcantarillado.

²⁹⁸ Resolución C.R.A Numero 11 de 1996. “ Por la cual se establecen reglas sobre contratos de concesión en las que se incluye el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo”

²⁹⁹ Resolución C.R.A Numero 159 de 2001 “por medio de la cual se verifica la existencia de los motivos que permiten establecer áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en el distrito capital y turístico de Cartagena”

³⁰⁰ Resolución C.R.E.G 118-96 “por la cual se modifican las resoluciones C.R.E.G-015 Y C.R.E.G -022 de 1995, en relación con el área de servicio exclusivo de centro y Tolima”

podemos observar, como lo hicimos con la C.R.A., cómo estas comisiones detentan toda la capacidad para pronunciarse efectivamente en la declaratoria y viabilidad de las áreas de servicio exclusivo propuestas por la administración.

En tal sentido, su papel incluso ha llegado al plano de la restricción de derechos. Así lo ejemplifica la resolución C.R.E.G 57 de 1996, la cual señaló que “el transportador de gas natural no podrá realizar de manera directa actividades de producción, comercialización y distribución, ni tener interés económico en empresas que tengan por objeto la realización de esas actividades. Podrá, no obstante, adquirir el gas natural que requiera para su propio consumo, para compensar pérdidas o para mantener el balance del sistema de transporte, si ello se hace necesario”.³⁰¹ Es de anotar que esta resolución tiene aplicación en las áreas de servicio exclusivo.

Igualmente, y confirmando el poder decisorio de la C.R.E.G., puede examinarse la resolución 15 de 1995, por la cual se verifica la necesidad de utilizar la modalidad contractual de áreas de servicio exclusivo en cinco zonas del país. Como confirmación de lo anteriormente expuesto, puede revisarse el artículo 2 de la comentada resolución: “Artículo 2: Los criterios que por vía general adopte la resolución número 014 de 1995, expedida por la comisión de regulación de energía y gas para verificar los motivos que permiten esta modalidad contractual, se cumplen en estas cinco áreas: Valle del Cauca, Quindío, Caldas, Risaralda, Centro y Tolima.”³⁰²

2.4 ASPECTOS ESPECIALES DE LA REGULACIÓN DE ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO COMO ELEMENTO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

2.4.1 Las tarifas contractuales y la intervención ocasional de las comisiones de regulación. La actividad de las comisiones de regulación en estas materias, se limita simplemente a verificar la viabilidad financiera de las tarifas contractuales estipuladas por las partes en dos sentidos: i) garantizando el cumplimiento de las obligaciones contractuales referentes a la remuneración económica del contratista como obligación del Estado, preservando el equilibrio económico del contrato en toda su duración; ósea su sostenibilidad económica de acuerdo a un margen razonable de utilidad y II) preservando el acceso al servicio por parte de los usuarios más pobres durante la misma vigencia contractual.

³⁰¹ Resolución 057 de 1996. “por la cual se establece el marco regulatorio para el servicio público de gas combustible por red y para sus actividades complementarias”.

³⁰² Resolución C.R.E.G 15 de 1995: “por la cual se verifica la necesidad de utilizar la modalidad contractual de áreas de servicio exclusivo en 5 zonas del país”.

Todo esto apoyado en estudios económicos y financieros previos a la adjudicación del contrato. Si bien en la asignación del régimen tarifario ha primado la autonomía de la voluntad de las partes, por lo menos en las áreas de servicio exclusivo, principio que rige la libertad contractual y que se ve reforzado por el concepto de autonomía administrativa de los entes territoriales, la ley ha previsto la intervención de las comisiones de regulación en la asignación de las tarifas en casos muy especiales. Así por ejemplo ante la ocurrencia de este fenómeno se viene comentando que: “Como quiera que el régimen ordinario predica la libre competencia, la ley 142 de 1.994 dejó en manos de las comisiones de regulación, la asignación de tarifas en los términos y eventos previstos en el artículo 88, sin embargo, según la lectura que puede hacerse del párrafo 1 del artículo 87 y del propio artículo 88, dichas tarifas no son extensivas a los contratos de concesión, salvo cuando se presenten abusos de la posición dominante, violación del principio de neutralidad, abuso de los usuarios y cuando se den los supuestos del artículo 98 de la mencionada ley.”³⁰³

Se presenta entonces la tipificación de unas causales que pueden entenderse como aquellos eventos en los cuales se justifica en virtud de la ley, la intervención de las comisiones de regulación para la fijación del esquema tarifario, por lo demás y siempre y cuando no se presente la ocurrencia de estos casos, debe entenderse que el principio general, puede sintetizarse en la amplia libertad que poseen los entes territoriales para diseñar desde el punto de vista normativo las cláusulas del contrato de concesión, como las cláusulas también contractuales que regulan el mismo régimen tarifario, asuntos que desde luego se ven enteramente justificados por ser aspectos, que de ordinario deben pertenecer al ámbito normal de las competencias de los entes descentralizados territorialmente. por ende y desde esta auténtica interpretación que le da prevalencia a la autonomía territorial, la intervención de las comisiones de regulación en asuntos tarifarios, debe entenderse como una excepción a la regla general de no interferencia en el desarrollo normal del ejercicio de las competencias de estos entes, de este modo resulta apropiado manifestar, que según un sector de la doctrina, lo ideal sería que las comisiones de regulación no interfirieran en estos asuntos, o que al hacerlo ejercieran sus atribuciones única y exclusivamente en los casos en que la ley lo autoriza.

También consideran que proceder de manera distinta, constituye un irrespeto al reducto mínimo de las autonomías territoriales por parte de las comisiones de regulación, muy a pesar del deber ser que sobre estas materias ha fijado tanto la

³⁰³ DÁVILA VINUEZA Luis Guillermo. *“Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica de la ley 80 de 1.993.”* Legis segunda edición, Bogotá. 2.003 Pág. 813.

doctrina como la jurisprudencia. Expertos tratadistas inconformes ante este irrespeto generalizado han comentado que: “La realidad muestra empero, una situación diferente pues aun para el caso de contratos de concesión, las entidades, en su mayoría forzadas por la arbitrariedad de alguna comisión, han tenido que adoptar las tarifas que se desprenden del referido artículo 88, independientemente de la situación real y financiera particular que a lo mejor aconseja un esquema diferente.”³⁰⁴

Es imperativo mencionar como lo hace la doctrina, que generalmente este tipo de intromisiones a las competencias territoriales se efectúan implementando una variación del régimen tarifario, es decir de un régimen tarifario de orden contractual diseñado para una actividad que se desarrolla con exclusividad al mejor estilo de un monopolio; a un régimen tarifario impuesto para regular eventos o situaciones de prestación como si se tratara de un régimen de libre competencia. Esta confusión como bien lo ha denominado la doctrina, parte de insistir por las comisiones de regulación en la aplicación en materia tarifaria de un régimen de libre competencia a un claro régimen de monopolio, en una sana crítica puede plantearse que un modelo de regulación bajo régimen de servicio público con una fuerte preeminencia de tarifas, fijadas administrativamente por los entes de regulación centralizados han presentado grandes inconvenientes, que han permitido incluso llegar a estructurar la doctrina de la existencia de fallas de gobierno o de la misma regulación, de este modo una marcada tendencia a la interferencia de las comisiones de regulación colombianas en las áreas de servicio exclusivo, puede catalogarse como un grave error que muchos modelos regulatorios foráneos, ya han tenido la oportunidad de superar, en este sentido se señalo que: “Los mecanismos de fijación de tarifas utilizados por la administración, que en resumen no sólo generaban incertidumbre a las empresas del sector que no veían mecanismos reales de recuperación de las inversiones acometidas, sino que además, no propiciaban la reducción de los costes operativos ni permitirán beneficiar de ninguna manera a los usuarios.”³⁰⁵

Ha sido precisamente esta incomodidad en una regulación impuesta desde el centro, la que ha llevado a la consolidación de la primacía del principio de subsidiariedad, según el cual “Todo lo que entidades menores o intermedias pueden hacer en ejercicio de sus derechos y libertades, no debe ser asumido por instituciones mayores, en cuyo extremo se ubica el Estado. Esto supone una

³⁰⁴ DÁVILA VINUEZA Luis Guillermo. “*Régimen jurídico de la contratación Estatal, Aproximación crítica a la ley 80 de 1-993.*” Legis, segunda Edición. Bogotá pág. 813.

³⁰⁵ HERNÁNDEZ Juan Carlos. “*Regulación y competencias del sector eléctrico. Evolución regulación actual y perspectivas de futuro.*” Thonson Aranzadi Bartiguez. Cátedra universidad de navarra 2005. Pág. 82.

visión preferente de los derechos fundamentales, según la cual, estos solo deben limitarse frente a las potestades públicas, por razones o intereses plenamente justificados. Así pues, la reserva de actividades con la consecuente limitación del derecho de libertad de empresa o de libre ejercicio de la profesión, debe hacerse respetando siempre los principios de proporcionalidad y favor libertatis, y debe por ende abandonarse todo modelo subjetivo de economía de prohibición.”³⁰⁶

No se trata propiamente de un modelo de regulación el que a buen juicio, quería implantar la ley 142 de S.P y 632, en relación con el modelo de régimen tarifario convencional estipulado por las mismas partes en las cláusulas del contrato, por el contrario se trataba de aceptar la tendencia imperante en otras legislaciones, donde predomina la consensualidad de los agentes involucrados, incluso en los mismos temas de carácter regulatorio; ya que esta capacidad de negociación y diálogo entre el Estado y los inversionistas “es una de las manifestaciones de lo que la doctrina Alemana ha dado en llamar Estado cooperativo o de acción cooperativa, en la que se desplaza la aplicación del derecho jerárquico, por un derecho consensuado en el que se desarrolla una acción informativa previa con la finalidad de buscar un acuerdo sobre las disposiciones a aplicar.”³⁰⁷

Sin embargo como lo veremos, tomar una posición única al respecto en beneficio de una regulación descentralizada, resultaría sumamente peligroso, pues puede llegar a desconocer los también grandes avances regulatorios que se han presentado en materia de regulación centralizada, es decir la que proviene del sector central; como sistema de coordinación de una política pública, en relación con los contratos de concesión de servicio público, como medio Estatal para la generación de infraestructura de servicio público.

2.4.2 la obligación impuesta al concesionario de asumir la naturaleza de empresa prestadora de servicios públicos. Pero esta insistencia de aplicar reglas propias de la libre competencia, también se presentan en otros aspectos, por ejemplo frente al prestador del servicio en el contrato de concesión de servicio público, recordemos que en esta modalidad de prestación el contratista ejerce su actividad con absoluta exclusividad, sin la concurrencia de otros operadores del servicio público en cuestión, no obstante las exigencias legales son aplicadas con un absoluto rigor, obligando al concesionario que representa al Estado a asumir la naturaleza de empresa prestadora de servicios públicos E.S.P.

³⁰⁶ Ibídem. Pág. 83-84.

³⁰⁷ Ibídem. Pág. 84.

Es importante aclarar que estas discusiones que han surgido en el ámbito doctrinal, son destinadas en su integridad a comprender las imposiciones de carácter normativo que se vienen efectuando en relación a las concesiones de servicios públicos domiciliarios, previstas específicamente en la ley 142 de S.P y especialmente a las áreas deservicio exclusivo. En este entendido y con el ánimo de mantener coherencia con el hilo conductor de la presente investigación, es necesario tener absoluta precisión que la obligación de acoger la organización administrativa de una empresa prestadora de servicios públicos E.S.P, es una imposición legal que solo recae en asuntos o prestaciones relativas a los servicios públicos domiciliarios, dentro de los cuales se encuentra también previstas las áreas de servicio exclusivo contenidas en el artículo 40 de la ley 142 de S.P. En consecuencia la aludida imposición solo será aplicable especialmente a los servicios públicos que revisten esta especial condición de ser domiciliarios, cuestión que termina por excluir a las demás concesiones administrativas de servicios públicos, incluyendo a las ya famosos concesiones de servicios administrativos.

La doctrina ha criticado esta imposición señalando de manera perentoria, que en esta modalidad de prestación, el concesionario gracias al título habilitante actúa como representante del Estado y que por lo tanto es este quien en últimas y de manera directa efectúa la prestación del servicio, razón por la cual el concesionario como simple ejecutor de una actividad encargada, no tiene por qué asumir un tipo de organización empresarial que se le impone a las entidades estatales cuando estas asumen la prestación de algún servicio público domiciliario, imposición que solo debe predicarse de los entes oficiales. De manera ilustrativa la doctrina ha aclarado este punto exponiendo que: “Es claro que en el esquema de libertad, el prestador es quien directamente opera el servicio, vale decir la empresa pública o privada. Una y otra, han de adoptar, entonces, la naturaleza de empresa de servicios públicos, E.S.P. pero no ocurre lo mismo, cuando existe de por medio un contrato de concesión que tiene por objeto el servicio mismo o parte de él. La presencia del título habilitante, nos ubica necesaria e inexorablemente en la prestación indirecta del servicio a cargo del Estado. Es decir que en tal evento, el prestador es la entidad estatal y no el particular.”³⁰⁸

En otras palabras, solo los entes estatales son los que deben y pueden asumir esa organización, ya que bien sea directa o indirectamente como a través del contrato de concesión, son estos los que en últimas pueden llegar a ser considerados como operadores del servicio público domiciliario, al asumir responsablemente

³⁰⁸ DÁVILA VINUEZA Luis Guillermo. *“Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la ley 80 de 1.993.”* Segunda Edición. Legis. Bogotá. Pág. 813.

esta precisión por parte de las autoridades. Los concesionarios quedan entonces plenamente facultados y deben ser autorizados para asumir cualquiera de las formas de organización previstas en la ley 80, para el desarrollo de los objetos contractuales como son las uniones temporales, las sociedades y los consorcios. En una interpretación más exegética de esta problemática, y específicamente frente a las dudas que se pueden presentar en el régimen aplicable al contratista prestador del servicio, por la existencia de una pluralidad de regímenes previstos en diferentes leyes, uno en la ley 80 y el otro en la ley 142 de S.P, es propiamente el legislador el que propone una solución para evitar contradicciones, de tal modo en la exposición de motivos de la ley 80, se señaló que las disposiciones contenidas en el estatuto general de contratación tendrían prevalencia en su aplicación, frente a cualquier otra disposición que en este caso podría ser la misma ley 142 de 1.993.

Pero las consecuencias de la interpretación y la aplicación de las normas en esta dirección trae otras consecuencias, una de ellas tal y como se menciona anteriormente es que el contratista al acogerse a la tipología prevista para la definición de contratistas, es decir consorcios o uniones temporales de la ley 80, esta permite que el contratista abandone la calidad de prestador del servicio, rotulo presente en la ley 142 de s.p, dando paso al nacimiento de atribuciones a favor de la entidad concedente previstas en la ley 80 y que concretamente concentran a favor de la administración; la posibilidad de efectuar controles y medidas de intervención, así las cosas el Estado no perdería su condición de operador, condición esta si proveniente de la ley 142 de S.P y que lo faculta para tomar todas las medidas de control allí previstas.

2.5 LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y LA LEY 1.508 DE 2012

En Colombia las asociaciones público-privadas por fin han adquirido un reconocimiento de orden legal, de este modo se ha efectuado una importante ampliación de los instrumentos jurídicos existentes destinados a la vinculación de capital privado destinado a la planificación y generación de infraestructura, antes restringida simplemente a la concesión de obra pública y servicio público. Bajo ese entendido y en virtud de la ley 1.508 de 2.012 se difunde no solo un reconocimiento a diferentes instrumentos de generación de infraestructura, sino que se integra al sistema concesional colombiano contenido en la ley 80 como parte integral de la nueva ley de asociaciones público privadas Colombiana.

En una forma de encausar esta coexistencia de instrumentos jurídicos y de establecer una presentación organizada en cuanto a una formulación de

instrumentos administrativos dirigidos al desarrollo de infraestructura , el, artículo 2 de la ley 1.508 ha mencionado lo siguiente: “Artículo 2 Concesiones. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1.993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de asociación público privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.”³⁰⁹

No parece entonces y a pesar de este esfuerzo de reconocimiento de la existencia y aplicabilidad de la tendencia internacional de las asociaciones público privadas, encontrarse una marcada diferencia entre el sistema concesional vigente y la nueva ley de asociaciones público privadas, pues en esencia y como se sostendrá a lo largo de esta investigación, los elementos que estructuran el funcionamiento de las concesiones y el de las asociaciones público privadas son los mismos, en esencia esta afirmación puede ser ratificada por el artículo 3 de la ley en mención, que sobre el particular ilustra lo siguiente: “ARTICULO 3-Ambito de aplicación de la presente ley: Es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de los servicios públicos.

En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.”³¹⁰ En consecuencia y a la luz de estas comparaciones, puede apreciarse que el sistema contractual de asociaciones público privadas, se estructura íntegramente sobre principios y elementos jurídicos propios de la concesión administrativa. Es precisamente por esta razón que en un estricto sentido no puede afirmarse que la ley de asociaciones público privadas, sea un compendio jurídico de instrumentos contractuales diferenciados para la generación de infraestructura y por ello se puede concluir que se trata más bien de la evolución del sistema concesional Colombiano que se pone a tono con las tendencias internacionales. Esto puede verse detenidamente en el punto 3.1 de esta investigación que analiza detenidamente esta posición en el análisis.

Por ende y a manera de anticipo puede aquí explicarse que la mencionada evolución puede consistir en dos aspectos fundamentales: El primero de ellos es

³⁰⁹ Ley 1.508 de 2.012 artículo 2.

³¹⁰ Ley 1.508 de 2.012 artículo 3

que la concesión contenida en la ley de asociaciones público privadas permite la celebración concomitante de otros contratos a parte de la misma concesión que autorizan al inversionista privado a estructurar de manera más ordenada los amplios requerimientos y complejidades de una mega obra de infraestructura, conjugando y articulando a su favor diferentes posibilidades financieras que lo facultan para desarrollar una excepcional administración del proyecto al mejor estilo del sector privado que se distingue por su eficiencia.

De este modo las facultades conferidas al inversionista privado son ahora mucho más amplias, dentro de las cuales se encuentra: El diseño, la construcción no solo de una infraestructura sino de sus servicios asociados. O su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento. A sí mismo como actividades contractuales separadas que facultan al inversionista privado a desarrollar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

Como segundo aspecto diferenciador, la iniciativa privada para proponer y efectuar los estudios de proyectos de generación de infraestructura, también podrán nacer de la exclusiva voluntad privada, que con sus propios recursos podrá estructurar sus propios proyectos y finalmente proponerlos a la administración, quien es la que finalmente decide sobre autorizar la asociación y encomendar la ejecución. De todas maneras sea de donde provenga la iniciativa, la ley es muy estricta en la planificación de los proyectos debido a la dimensión de las tareas delegadas al inversionista privado y a la misma necesidad de la existencia de condiciones financieras de productividad que presente la obra desarrollada para garantizar el éxito del proyecto con la remuneración del inversionista privado.

De todas formas, las relaciones y diferencias presentes entre el sistema concesional, y el nuevo esquema de asociaciones público privadas en el mundo, ha sido ampliamente desarrollado en esta investigación en el punto 3.1. Por lo pronto lo aquí manifestado, es una simple exaltación y mención a la reciente ley Colombiana de asociaciones público privadas.

CAPITULO III.

3. LAS NUEVAS APLICACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN LA ACTUALIDAD Y QUE APARECEN COMO CONSECUENCIA DEL CAMBIO INSTITUCIONAL. LA ADAPTABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN A VARIADAS NECESIDADES ECONOMICAS DEL NUEVO REGIMEN DE PRESTACIÓN.

3.1 LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO EXPRESIÓN DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE GENERACIÓN DE INFRAESTRUCTURA EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Un factor ya comprobado que ayuda a inclinar la balanza a favor de la concesión de servicio público a parte de lo anteriormente expuesto, es que des de la aplicación de este instituto concesional en el pleno auge de la teoría de servicio público, la administración descubrió y por razones ya aquí expuestas que al crear y concesionar monopolios artificiales o al concesionar monopolios naturales, excluyendo de forma automática la competencia por el mercado, facilitaba a los concesionarios percibir grandes ingresos producto de la explotación del servicio en esta forma. Lo que seguidamente se observó y patento, fue una de las más grandes virtudes del régimen concesional, que es la obtención de recursos para la financiación de infraestructuras en servicios públicos. Desde este escenario es que hace su aparición otro de los grandes temas de la teoría moderna de la concesión administrativa (la generación de infraestructura), pues estas ventajas atribuibles a este régimen, han subsistido y se mantienen vigentes. A continuación plantharemos este tema, para ilustrar al lector la manera como será abordado y desarrollado con amplitud este t3pico.

La internacionalización de las economías, pero especialmente la necesidad de conquistar nuevos mercados por medio de la constante suscripción de tratados comerciales, así como los constantes incentivos para atraer la inversión en los territorios de los Estados, especialmente en los que se encuentran en vía de desarrollo, ha desatado un afán inmenso para generar infraestructura en vías, puertos, comunicaciones, servicios públicos o bajo su nueva denominación servicios de interés económico. Esta generación de infraestructura se convirtió en una preocupación constante por parte de los gobiernos, que se ven abocados a enfrentar la creciente demanda de infraestructura para consolidar la competitividad de las economías. La necesidad más sentida se advierte en que las infraestructuras en sectores estratégicos, como los ya mencionados harán más competitivos los productos exportados en los mercados internacionales, una

adecuada infraestructura, hará igualmente más atractiva la inversión de empresas extranjeras que pueden beneficiarse de mano de obra barata.

El Estado entonces y pese a las tendencias en pro de la liberalización, asume por necesidad nuevas competencias, casi que impuestas por el sector privado. El Estado, sea cual sea la razón, tiene que dirigir el esfuerzo administrativo para la creación y generación de infraestructura, se reclama entonces al Estado en estos ámbitos específicos, ya no una labor circunscrita exclusivamente al campo de la regulación económica de la actividad privada, en actividades con profunda vocación de interés público, como lo son los históricamente conocidos como servicios públicos, sino que en este nuevo escenario se reclama y se exige que el Estado actúe de la manera más eficiente para atender la necesidad de generación de infraestructura. En este preciso contexto se ha dicho: “El crecimiento económico uno de los fundamentos del desarrollo sostenible, será alcanzado en un contexto de libre mercado, competitividad y apertura hacia el exterior, donde el Estado intervendrá activamente asegurando los marcos macroeconómicos normativo e institucional estables y dirigiendo la inversión pública, prioritariamente a la generación de infraestructura económica orientadora y promotora de la inversión privada, y sobre todo dinamizadora del crecimiento a través de la eliminación de los obstáculos al desarrollo de los potenciales naturales del país.”³¹¹

Ahora bien, y para efectos enteramente prácticos y de rigor conceptual, debe precisarse que lo que se ha producido es un reposicionamiento del Estado en el ejercicio de estas funciones, manteniendo incólumes las competencias en estas áreas, pues la intensidad de los procesos de liberalización en servicios públicos, ha evolucionado en una continua redefinición de las competencias estatales. De este modo la intervención administrativa, en el plano económico en una actividad específica, se ha transformado paulatinamente en un proceso riguroso solo justificable en la medida en que el sector privado pierda interés en el ejercicio de esa actividad, o en su defecto cuando y generalmente luego de la ocurrencia de un debate democrático se considere estrictamente necesaria la intervención estatal, que muchas veces aparece como restrictiva de las libertades económicas. Este es el marco conceptual que rige la aplicación del principio de subsidiariedad, que guía todo proceso de intervención estatal en procesos diferentes al de la regulación económica de los mercados. Para entender mejor este dogma de intervención y al definir su modo de aplicación, varios autores como María Amparo Salvador, han emprendido un intento de definición en los siguientes términos:

³¹¹ NIETO Carlos. *“Contribuciones para el desarrollo de sistemas de producción.”* Elías Mojica B. José Luis Rueda S Editores. Quito Ecuador. 1.991. pág. 41.

“Debe a mi juicio, deducirse que toda intervención empresarial del Estado y demás administraciones públicas debe venir exigida por un interés general prevalente, por la existencia de una especial utilidad pública en dicha actividad, que debe ser justificada caso por caso. En definitiva, la iniciativa pública en una economía de mercado debe tener un papel estricto y secundario.”³¹²

Hoy nadie se atreve a discutir las responsabilidades estatales en un tema tan coyuntural como es el de generación de infraestructura, incluso después de ser decantado bajo la rigurosa óptica del principio de subsidiaridad, las razones para fundamentar estas responsabilidades, se explican básicamente en el interés general de la comunidad, ya que la obra de infraestructura tiene un impacto benéfico en toda la sociedad. Por lo tanto puede verse con claridad que a pesar de la intensidad de los procesos de liberalización señalados, hoy se conservan intactas las competencias estatales para la generación de infraestructura, poder o facultad de intervención que fue desarrollado con amplitud por la escuela de servicio público; o sea en estricto sentido la premisa mayor en materia de intervención en materia de responsabilidad estatal en materia de infraestructura, puede evidenciarse en palabras de la doctrina de la siguiente forma : “Hasta entonces, las grandes infraestructuras y servicios, que son el armazón de los Estados modernos (redes, redes de comunicaciones y transportes, obras hidráulicas, redes energéticas, infraestructuras viales, sistemas de abastecimiento de agua, puertos y aeropuertos), entre otras, habían sido sectores asumidos por el Estado, porque sobre ellos descansa la vida de los ciudadanos , así como la productividad y el desarrollo de las economías nacionales. Estos sectores simbolizan la soberanía, responden en muchos casos a una planificación nacional, constituyen casi siempre dominio público sometido a un régimen de protección especial, Requieren grandes inversiones y presentan economías de escala, lo que llevo en muchos casos a calificarlos como de monopolios naturales, por estas razones el Estado hizo suyas tales actividades, las declaro reservadas al sector público calificándolas de servicio público (la actividad) o de dominio público los bienes y recursos en los que esta se apoya.”³¹³

En ese entendimiento y comprensión de los acontecimientos, puede deducirse que las competencias soberanas del Estado en materia de infraestructura sobre los sectores estratégicos ya mencionados, hoy se mantienen; obras públicas, vías, puentes, redes de comunicaciones, transporte, obras hidráulicas, redes de

³¹² SALVADOR ARMENDÁRIZ María Amparo. “*Banca pública y mercado, implicaciones jurídico públicas de la paridad de trato.*” Instituto Nacional de administración Pública. Madrid 2000. pág. 151.

³¹³ ARIÑO ORTIZ Gaspar. “*El contrato de colaboración público privado en Reforma al régimen de contratación estatal.*” Universidad de los Andes. Primera Edición 2.010. Bogotá. Pág. 204.

energía, sistemas de abastecimiento de agua, hacen parte de los sectores estratégicos, donde el Estado ejerce con total libertad su competencia para la generación de infraestructura, que es el aspecto determinante de la competencia estatal, o en otras palabras toda aquella actividad, con incidencia o impacto público que necesite la generación de infraestructura es un tópico que amerita la intervención estatal. En concordancia son aspectos tan importantes, que aún bajo la influencia de una teoría revisionista como la de liberalización, esta competencia se ha mantenido intacta, conservándose los planteamientos iniciales que sobre la materia había efectuado la teoría de servicio público, pero valga la aclaración solo para estos casos concretos, donde la generación de infraestructura es un aspecto sensible.

Ahora bien y una vez efectuada la anterior aclaración, esta teoría de la postulación o imputación de competencias al Estado en materia de infraestructuras, se percibe muy clara de aplicar cuando se trata de infraestructura vial, construcción de puentes, puertos sistemas de transporte masivos, bienes que desde siempre han sido considerados como públicos, donde no parece visible la aceptación de alguna oposición o resistencia para que el sector público desarrolle a cabalidad este tipo de obras. Pero caso contrario ocurre en actividades que históricamente han sido definidas como de servicio público y que hoy reclaman la intervención estatal para la generación de infraestructura, tales como: redes de comunicaciones, obras hidráulicas, redes energéticas, sistemas de abastecimiento de agua y que hoy se encuentran plenamente liberalizados. Surge entonces la pregunta de cómo generar infraestructura, como típica competencia estatal en sectores estratégicos, que hoy se encuentran plenamente liberalizados?, lo cual quiere decir que se presenta una dicotomía difícil de resolver, pues estos sectores como actividades económicas, se encuentran en manos de los particulares, pero en cuanto a la necesidad de generar infraestructura, estos mismos son considerados como sectores estratégicos donde se justifica la plena intervención estatal. Como resolver esta coyuntura?, si las actividades antes descritas para un criterio son de libre acceso al sector privado y para otro criterio (infraestructura) piden con insistencia la gestión estatal.

Lo primero que debe ser objeto de aclaración, es que en muchos ordenamientos jurídicos se pudo haber efectuado el simple desmantelamiento de la necesidad de títulos habilitantes, por medio del también desmantelamiento de la exclusividad estatal en la prestación de los servicios públicos, pero este principio no es un inconveniente cuando el Estado quiere organizar y financiar una obra de infraestructura nueva alusiva al servicio público, como por ejemplo cuando se construye todo un acueducto o toda una red eléctrica para un lugar apartado, o un gasoducto para atender un mercado determinado, lo importante aquí es que el

Estado organiza, financia y construye todo el servicio público o en su defecto la actividad económica de interés general y a la luz de esta realidad podrá ejercer su explotación económica hasta que lo estime conveniente.

Esto en principio y en la práctica es muy simple, ya que es la organización y generación de infraestructura de servicio en escenarios que si bien se encuentran declarados como liberalizados, por ser esta una nueva creación construida con recursos públicos aún no se encuentran los particulares en condiciones de prestarlos, el Estado es quien los financia, construye y los pone en funcionamiento por primera vez en favor de la comunidad. Como se verá en esta situación no se necesita hacer ninguna declaración de exclusividad a favor del Estado, la actividad es de él por que el financio la construcción del servicio y entra a su prestación como si fuera un actor mas del mercado, solo que por tener la primicia de construir tendrá también la primicia del régimen de exclusividad en la explotación, hasta que este decida liberalizar.

Otro escenario que tampoco ofrece ninguna resistencia para efectuar el desarrollo de esta competencia estatal, es cuando como aquí se explico, se emplea la técnica de la concesión para la administración de monopolios naturales, aquí se produce la verificación de todos los motivos de fondo para habilitar al Estado en una intervención dirigida a este sector; como primera medida se justifica la declaración de servicio público, por que se presenta la existencia de monopolios naturales, que generalmente son la estructuras en red, que hacen parte de una actividad específica de cada servicio público, imposibles de manejar en régimen concurrencial y como segunda medida, se puede producir una declaración de servicio público por la también necesidad de generar infraestructura en estos monopolios naturales, esto porque las redes de suministro son extremadamente costosas y demandan crecientes avances en materia de infraestructura. La razón para que la generación de infraestructura aquí no sea un procedimiento complejo y difícil, por lo general radica en que el Estado a un ejerce una intervención en estos sectores con reserva de exclusividad, donde la única forma de habilitar a un particular es por medio de la concesión de servicio público, que desde siempre ha sido un medio idóneo para la generación de infraestructura.

Pero que ocurre, si el Estado quiere desplegar su competencia en la generación de infraestructura en servicios públicos o en actividades estratégicas del servicio, que en la actualidad se encuentran plenamente liberalizadas, de propiedad de los particulares y admiten la competencia entre operadores y que en el tiempo presente se desarrollan en un régimen competitivo?, La respuesta parece ser señalada por los objetivos mismos de las privatizaciones, donde la libre competencia aporta al mercado la nueva tecnología y las nuevas infraestructuras,

reconociendo precisamente que los inversionistas privados en virtud del efecto que sobre el mercado ejerce la competencia son los encargados de efectuar y ejecutar las nuevas inversiones en infraestructura.

Luego de haber analizado el comportamiento del Estado y su desenvolvimiento a favor de una intervención dirigida a generar infraestructura en sectores estratégicos; ahora resulta conveniente analizar la manera como se puede desarrollar esta intervención. Y en ello hay que decir que si la generación de infraestructura fortaleció las competencias del Estado moderno, esta búsqueda de la confirmación de las mencionadas competencias, se hizo latente en momentos donde las finanzas estatales están focalizadas al alcance y desarrollo de los postulados ideológicos del Estado social de derecho y en momentos de fuertes y crecientes déficits presupuestales. La generación de infraestructura ha tomado al Estado sin recursos para adelantar tan significativos cometidos, por lo tanto se ha expuesto: “Las necesidades de infraestructura en todos los países, pero especialmente en algunos como España y en economías emergentes como las latinoamericanas o las de Europa del este, requieren un esfuerzo financiero y de inversiones que la hacienda pública es incapaz de atender. El crecimiento del gasto social en los Estados modernos los hace a estos progresivamente incapaces de hacer frente a tales inversiones con ahorro público.”³¹⁴ Es en este punto donde subyacen nuevamente las grandes bondades y grandes efectos prácticos del contrato de concesión de servicio público, ya tan ampliamente conocido y con comprobados resultados para la generación de infraestructura.

Tal y como se dijo la generación de infraestructura por la vía concesional es un tema muy extenso, pero en esta oportunidad se impone la necesidad de limitarlo a las actividades estratégicas que aquí se definieron como de servicio público, con exclusión de las obras de infraestructura que se adelantan por medio de las concesiones de obra pública. sobre todo en Europa la concesión de servicio público ha sido un sistema muy empleado para la generación de infraestructura en materia de servicios públicos, aquí el concesionario obtiene recursos del sistema financiero nacional o extranjero financiando la obra que es objeto de desarrollo, una vez este culminada el concesionario explota el servicio y por la vía tarifaria obtendrá los recursos para pagar a los prestamistas nacionales e internacionales los dineros dados en préstamo y como contraprestación el Estado, está en la obligación de garantizar una utilidad que el mismo concesionario retiene como consecuencia de la explotación del servicio.

³¹⁴ ARIÑO ORTIZ Gaspar. “*El contrato de colaboración público privado en Reforma al régimen de contratación estatal.*” Universidad de los Andes. Primera Edición 2.010. Bogotá. Pág. 204.

Ya conocemos que el Estado utilizando este contrato se exime de efectuar cualquier desembolso de dinero. La ventaja inmensa que esta modalidad permite, claro está si se dan las garantías de estabilidad adecuada es que se verifica la mediación del sector privado, con toda su experiencia en la gestión empresarial Privada para la generación de infraestructura, o para el manejo planificado y financiero de cuantiosas inversiones en este caso aplicadas al campo de los servicios públicos. En teoría podría pensarse que tal y como hoy se plantean las cosas, debe ante todo exaltarse la capacidad de gestión del sector privado para adelantar este tipo de proyectos casi con cierto menosprecio de la gestión Estatal, pero lo realmente cierto es que muchas de las administraciones públicas europeas se volvieron expertas en el manejo de la institución concesional, donde se planifica y desde las mismas instancias públicas el desenvolvimiento contractual para la rápida generación de resultados. Se trata entonces de una especialización de la administración en los temas de asociación público-privadas, que reporta la evolución de uno de los principios imperantes de la concesión que es dirigir sin gestionar.

La administración en estas áreas tiene grandes responsabilidades y ello ha facilitado la invención y difusión de avanzadas estrategias para la selección de los mejores contratistas, así como gran importancia para valorar e incidir en los aspectos financieros de la obra de servicio público. Además de la sensibilidad de estos aspectos, que se han desarrollado gracias a una inveterada aplicación del sistema concesional, que conlleva a la exaltación en materia de supervisión y seguimiento de las ya experimentadas administraciones públicas en estas materias. La participación activa del sector público ha traído consigo además de las ventajas señaladas, la benéfica aparición en el mundo de la banca multilateral y el mundo financiero de la garantía soberana, que implica que la sola mediación del Estado en este tipo de proyectos sea considerada como un incentivo capaz de dar parte de tranquilidad a los acreedores. Lo que se convierte en un argumento que da seriedad a las relaciones crediticias del concesionario con su proveedor de recursos, garantía que beneficia al concesionario, para que todos los créditos sean rápidamente aprobados y desembolsados, que es una de sus máximas habilidades.

Ya en relación a esta garantía soberana y su utilidad práctica se ha mencionado que: "Dicha garantía no se tiene en función de la solvencia económica de un país, sino que se goza de ella por el hecho de ser un Estado. Frente a la necesidad de avales o proyectos concretos que un prestatario privado habría de presentarle a

un financiador, los Estados tan sólo han de firmar la aceptación del crédito como garantía única de cobro.”³¹⁵

Tal y como se dijo el éxito del sistema concesional, es atribuible a la participación del sector público y el privado para el logro de fines concretos como la generación de infraestructura, Pero el éxito en buena medida se garantiza por la capacidad que tiene el sector privado para conseguir los recursos que sean necesarios para emprender la obra. “Para ello hay que buscar el dinero donde realmente está: en las instituciones financieras, en los mercados de capitales, en el ahorro privado. Sólo por esta vía pueden anticiparse los recursos suficientes, para hacer frente a la construcción y explotación de las infraestructuras que se necesitan. El empresario que asume la construcción de una obra carece casi siempre de recursos propios para hacer frente a su financiación y debe acudir al mercado de capitales.”³¹⁶

Ahora debe reconocerse que esta tendencia, ha sido la tendencia imperante durante muchos años en los países de tradición romano germánica, que estructuraron sus sistemas de financiación de infraestructuras en torno a las comprobadas ventajas que les ofrecía la concesión administrativa de servicio público, contrato cuya génesis claramente se ha establecido en Francia y que se ha mantenido vigente en las dos etapas trascendentales de los servicios públicos (doctrina del servicio público, régimen de liberalización de los servicios públicos). Esta fue una tendencia con absoluto auge y dinamismo en la Europa del sistema romano germánico durante muchos años, con plena aplicación hoy en día para la generación de infraestructura.

Sin embargo la anterior es la lectura y comprensión del fenómeno en todos aquellos países que por la influencia francesa, pudieron aplicar y desarrollar por años el sistema concesional de servicio público, donde el predominio del principio de legalidad generalmente conlleva a la elaboración de leyes que tipifican rigurosamente el contrato de concesión en sus diferentes especies, como ocurre en regímenes jurídicos como el Español.

Pero la generación de infraestructura con amplia limitación presupuestal, no es un tema exclusivo de los países que jurídicamente pertenecen a la tradición romano germánica, en otros países encabezados por Estados Unidos e Inglaterra, donde

³¹⁵ AZCONA ATIENZA Jaime. *“La deuda externa del mundo en desarrollo, teoría realidad y alternativas.”* Ediciones Akal S.A. Madrid España 2.002.

³¹⁶ ARIÑO ORTIZ Gaspar. *El contrato de colaboración público privado en “Reforma al régimen de contratación estatal.”* Universidad de los Andes. Primera Edición 2.010. Bogotá. Pág. 205.

la influencia francesa es prácticamente nula y que pertenecen a la familia de common law y donde también se ha hecho latente la necesidad de generar infraestructura, se vienen ideando novedosos modelos que facilitan la interacción del sector público y del sector privado, bajo idénticos principios del régimen concesional, tales como la declaración pública que convierte a la administración en responsable de la generación de infraestructura, incluso en los mismos sectores estratégicos de servicios públicos, así como de la incesante necesidad de dirigir esta política estatal de generación de infraestructura, hacia modelos que faciliten la vinculación del sector privado como colaborador de la administración, que se manifiesta en su capacidad de gestión y su amplia capacidad en la consecución de los recursos.

Estos recursos por lo general son obtenidos en el mismo lugar que los obtendría un concesionario en el sistema concesional, ósea el sector financiero especializado y desde esa particular, óptica el sistema anglosajón de financiación de infraestructura será ante todo, más que una serie de contratos una clara y definida política pública encaminada al desarrollo de infraestructura, que establece competencias a favor de la administración pública direccionadas a mejorar su desempeño como directora del programa, esto esencialmente se verá reflejado en el afianzamiento de una serie de competencias públicas, todas ellas enfocadas a la organización de detallados esquemas de interacción con el sector privado para un manejo conjunto, pero donde como funciones propias de la administración, sobresale el control y vigilancia de la parte financiera y el control sobre el cumplimiento de las fases pactadas para la ejecución de la obra.

3.1.1 Las nuevas teorías de asociación de sistemas publico privados para la generación de infraestructura estructuradas bajo formas jurídicas contractuales.

En cuanto el preciso origen de esta técnica, la doctrina ha mencionado: “que suele decirse, con antecedentes en los Estados Unidos de los años setenta, lo que conocemos como public private partnership (p.p.p, esto es la participación o asociación público- privada) se instauró en el Reino unido durante los gobiernos de Margaret Thatcher, como una tercera vía entre nacionalizaciones y privatizaciones. La p.p.p es una forma de colaboración contractual entre los sectores público y privado en las que ambos actúan conjuntamente para el logro de un objetivo que sería imposible de lograr por separado.”³¹⁷

Debe ante todo en la comprensión de este sistema, como se señaló desde un principio que más que pertenecer a un contrato como manifestación jurídica, el *public private partnership*, es ante todo una política pública coordinada,

³¹⁷ Ibídem pág. 203.

organizada que estructura todo un sistema para poner en interacción al sector público y al sector privado, desde luego que esta coordinación se llevara a cabo, en una serie de contratos que es la manera como esta política pública es instrumentalizada jurídicamente, sin que como se verá exista un rigor en su aplicación, pues si por algo se distingue esta política, es por su amplia flexibilidad en el plano jurídico para otorgar a la asociación público privada un amplio margen de maniobra, para poder atender adecuadamente la inmensa complejidad que la generación de infraestructura pueda exigir en cualquier parte donde se lleve a cabo. “En esencia, esta colaboración viene a articular los recursos y capacidades de los dos mundos, el público y el privado, para la realización de infraestructuras complejas y proyectos con alto grado de incertidumbre, a las que se ven llamados hoy los estados modernos y cuya realización con los medios convencionales de que estos disponen (tecnológicos, humanos, financieros y jurídicos), no serían capaces de llevar a cabo. Para su logro, acuden al sector privado, nacional e internacional, y se asocian a él en la realización de tareas complejas y difíciles.”³¹⁸

Como se verá en detalle, esta asociación público-privada, por su inmensa planificación ha tenido un éxito rotundo, lo cual sumado a la constitución de la unión europea que acoge y homogeniza estrategias y medios exitosos para la consecución de fines diversos, poniéndolos al alcance de todos sus miembros, se viene presentando una difusión masiva del sistema (P.P.P), para la generación de infraestructura, al punto de convertirse en una consistente estrategia para el desarrollo de infraestructura de manera global.

Esto ha consolidado tendencias en toda la unión europea y en el mundo, pues hoy este mecanismo es el más empleado y difundido para la generación de infraestructura, por su parte en los países anglosajones o de la familia del Common Law, el afianzamiento de esta tendencia no ha sido para nada problemática, debido mayoritariamente a que esta técnica ha sido reconocida como su invención, pero en los países con una acendrada tradición romano germánica , se ha venido produciendo una redefinición de la vieja concesión de servicio público y de obra pública con una adaptación progresiva a este nuevo sistema, admitiéndose que los proyectos de alta complejidad en todas partes empiezan a ser emprendidos con la ayuda del (P.P.P).

A grandes rasgos el éxito de esta figura se encuentra en el hecho de que más que ser una serie de contratos, que es su expresión jurídica, el (P.P.P) es una política pública, que faculta al estado para ejercer una planificación intensiva de las

³¹⁸ Ibídem pág. 205.

necesidades de infraestructura en los respectivos países, y no como ocurría con el sistema concesional donde la aplicación de las concesiones se efectuaba de manera aislada, solo para atender de vez en cuando los variados requerimientos en materia de infraestructura, sin que existiera una política pública que fuera capaz de producir un direccionamiento del sector privado para el logro de los objetivos. Además de ello esto en cuanto a lo que se refiere al papel que juega el estado, pero el (P.P.P) es crucial en el reconocimiento de las virtudes empresariales del sector privado en la gestión de proyectos de altísima complejidad, y por ello da al particular asociado un amplio margen de maniobra, para el empleo o uso de variadas estrategias jurídicas y financieras que le permiten atender un sinnúmero de aspectos que componen a un proyecto de alta envergadura. A esto se ha referido la doctrina en los siguientes términos: “Hoy, los medios técnicos disponibles y la capacidad del mundo empresarial permiten abordar tareas integradas como las descritas, que resultaban impensables hace veinte o treinta años. Para ello se requiere un elemento esencial: financiación suficiente. Justamente la P.P.P surge para poner en común esas tareas: ingeniería constructiva, recursos financieros, capacidad de gestión y mantenimiento de instalaciones complejas. A la administración le corresponderá identificar las necesidades y tareas de interés colectivo (la definición de objetivos es algo que corresponderá siempre al poder político) y a la parte privada le corresponderá la aportación de medios (financieros, técnicos, empresariales) para hacerlos realidad.”³¹⁹

Tal y como lo señalamos anteriormente, una de las grandes virtudes del sistema PPP, se presenta en el otorgamiento de grandes facultades contractuales a la asociación, pues debe precisarse que la unión sector privado y sector público se materializa por medio de la creación de una empresa mixta, que puede celebrar toda clase contratos y no solo limitarse como ocurre en la concesión administrativa, donde únicamente está permitido suscribir esta relación (concesión) entre la administración y el particular, por la rigidez que el principio de legalidad ha introducido en las normas que tipifican el contrato estatal. Así las cosas, la administración previa o posteriormente a la constitución de la empresa, puede celebrar contratos BOT con el particular (socio) y la empresa mixta puede celebrar contratos de toda índole con quien quiera, incluidos empréstitos para llevar a cabo la obra infraestructura en este caso suscrita al servicio público. Esto dificultó en la práctica todo intento de tipificación de los contratos que componen a la técnica P.P.P, porque una tipificación es limitativa y por lo tanto restrictiva de las facultades de la asociación y lo que en verdad se quiere es la plana flexibilidad para atender y adelantar la multitud de tareas que una obra

³¹⁹ Ibídem pág.207.

compleja compromete. Por ende la técnica P.P.P y sus contratos se aplican en su totalidad en el desarrollo de un proyecto y no selectivamente como suele ocurrir en los países con leyes de contrato públicos, donde se suscriben solo para atender una necesidad definida con un solo objeto contractual, alejándose del nuevo concepto de actividades multipropósito ínsitos en una mega obra, así por ejemplo: “La amplitud y variedad de objetos que contienen y la multiplicidad de posibles tareas del contratista colaborador debería realizar, a saber: obras, suministros, fabricación, mantenimiento, diseño y proyección de servicios, financiación necesaria, así como otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la administración del servicio público o actuación de interés general. Casi nada resulta imposible definir un régimen jurídico unitario.”³²⁰

En definitiva la técnica P.P.P para la generación de infraestructura conlleva el uso indiscriminado y libre de múltiples contratos, ya que aquí lo que importa es la consecución de la nueva infraestructura, Este empleo amplio de facultades jurídicas no resulta problemático en la familia del Common Law, para quien en principio fue concebido: “en el ordenamiento jurídico anglosajón de donde es originaria la figura, no existe el contrato administrativo típico, esto es tipificado en una ley. En el mundo anglosajón no hay una ley de contratos en la que se prevean los distintos tipos de relación y se establezca un derecho objetivo de la contratación al que deban someterse – principio de legalidad- cada una de las actuaciones singulares, es decir cada contrato.”³²¹ Lo contrastante y problemático se presenta en la familia romano germánica donde la ley tipificante del contrato es ya una tradición jurídica, en esto se debe entrar a la flexibilidad y permitir el uso de las relaciones contractuales que la asociación requiera para alcanzar sus fines. Esto es esencialmente la P.P.P, una política pública, un programa estatal estandarizado para la aplicación coordinada de varios contratos, los que se requieran para emprender la puesta en marcha de megaproyectos de infraestructura; lo importante aquí es resaltar que lo jurídico es el medio de materialización de todo el entramado empresarial dirigido a la gestión del más alto nivel, con capacidad de planeación, respuesta y contingencia en absoluta disposición de atender la variedad de componentes y tareas de una gran obra de infraestructura de las mayores dimensiones, donde se invierten recursos multimillonarios y donde el sector privado pondrá a prueba toda su capacidad de administración, para lograr en lo más pronto posible la construcción de la obra y su puesta en marcha, ya que con el flujo de caja, que la explotación del servicio público genera, se pueden recuperar en dinero los recursos que se han invertido y que son adeudados a los acreedores, del mismo modo de la prontitud de la

³²⁰ Ibídem pág. 219.

³²¹ Ibídem pág. 208.

construcción de la obra, se podrán obtener como prestación la remuneración prometida y prevista por el (P.P.P) al gestor privado.

Esta remuneración premia su capacidad de gestión que entre mejor sea, será capaz de desarrollar rápidamente el proyecto, habilitando al empresario privado para obtener con rapidez el cumplimiento de su principal objetivo que no es otro que la remuneración por la explotación de servicio. En ese contexto a mayor capacidad de gestión, habilidad en el manejo de los recursos y cumplimiento de las metas pactadas, con más prontitud se obtendrá el resultado final que es una obra productiva, apta en la generación de recursos económicos y que concreta y específicamente es donde el gestor va a obtener el pago por la actividad ejercida. En conclusión entre más rápida y eficiente sea la gestión del socio privado, con mayor prontitud este logrará su utilidad que en esencia es lo más importante en todo negocio.

Debe recalcar y a modo de orientación conceptual y metodológica, que el (P.P.P) como se ha señalado está compuesto por una serie y variedad de contratos e incluso de medios y estrategias financieras para la obtención y administración de los recursos (Project finance), contratos que por los menos fueron nombrados brevemente en líneas anteriores. Dentro de estos contratos es importante resaltar la existencia de uno en particular, el contrato BOT (build-operate, transfer) es decir construir, operar y transferir. Lo pintoresco de este contrato anglosajón es que su estructura jurídica o sea en cuanto a las partes, objeto y prestaciones este resulta siendo idéntico a la concesión de servicio público de la tradición romano germánica, que como se vio es antiquísimo, de los cual puede deducirse que un BOT, institución relativamente nueva del derecho anglosajón, puede en suma no ser otra cosa que la modulación de la concesión administrativa francesa aplicada al sistema de Common Law, solo que los BOT como vimos no se aplican aisladamente, sino que son parte de una política institucional la P.P.P, que faculta a la asociación publico privada a hacer uso continuo de variedad de contratos para la generación de infraestructura o para ser más precisos en palabras de la profesor Ariño, conocedor de estos tópicos, que al hablar de los contratos imperantes y su selección ha mencionado: “Es obvio que dependiendo de cuál sea la naturaleza del objeto y su funcionalidad, la fórmula utilizada puede variar. Podría ser llamada BOT (build-operate,transfer), que es la vieja concesión utilizada habitualmente para autopistas, puentes, puertos y aeropuertos o servicio de abastecimientos de agua o bien puede ser La LDO (lease, develop, opérate), es decir alquilar, desarrollar, operar, que equivale a nuestro viejo arrendamiento de obra y servicio.”³²²

³²² Ibídem pág. 209.

En conclusión el profesor Ariño, es quien resulta demostrando que la modalidad concesional es vigorosamente empleada por la PPP, solo que con nombres diferentes y se insiste aplicada en el marco de una política contractual compleja pero exitosa. Esta afirmación pero al mismo tiempo conclusión, en todo momento nos ha llevado a plantear que todos los países que implementen como política interna de generación de infraestructura el famoso y conocido PPP y que además pertenezca a los países de la tradición romano germánica muy comúnmente, se encontraran con la coexistencia de dos instituciones y tipos contractuales idénticos, los contratos BOT y la concesión administrativa, bien de obra y de servicio público, evolución que se hace patente en el hecho que este contrato BOT no es ya un contrato aislado de la administración como ocurre con la concesión administrativa, sino que pertenece a todo un contexto, a toda una política para la generación de infraestructura llamada PPP.

Por esta razón más que todo, se ha decido denominar el contrato BOT, como la evolución jurídica de la concesión administrativa de servicio público y que hoy es aplicada sea cual sea su nombre y contexto, como un mecanismo exitoso y tal vez el más acertado para la generación de infraestructura, tanto en los países del common law, como en los países que pertenecen a la familia romano germánica.

3.1.2 Project finance y el contrato BOT. A manera de introducción, la doctrina especializada ha identificado varios tipos de estos contratos, en donde puede destacarse el contrato BOOT y los contratos BOT. Los contratos BOOT (Build, operate, own, transfer), es una modalidad del contrato según la cual una compañía privada se compromete a construir y operar, ser propietario, y después transferir los activos a la administración. Dada la magnitud de las inversiones, esta clase de contratos se suele suscribir por periodos largos de tiempo, 20 a 25 años.

BOT(Construir operar y trasferir): “Es una modalidad del esquema de concesión, que implica la construcción de una obra por parte de un agente privado para su explotación por un tiempo determinado, al final del cual el proyecto se revierte al ente estatal concedente sin costo para éste. La financiación de proyectos viales mediante este tipo de esquema se realiza sobre una base de no recursos, donde la estructura financiera no depende del soporte patrimonial de los accionistas, ni de los valores físicos de los activos aplicados en la operación. La estructura financiera se soporta en la confianza del proyecto, en su comportamiento futuro.”³²³ Por lo tanto uno de los éxitos del proyecto consistirá en que este debe contar con una cartera fuerte de utilidades, que en el caso de ser utilizado para la

³²³ MIRANDA MIRANDA Juan José. “*Gestión de proyectos, Identificación, formulación y evaluación financiera, económica, social, ambiental.*”- Quinta Edición. Bogotá Mm editores 2.005 pág.348.

construcción de una carretera será el ingreso por peajes que se genere durante la vigencia de la concesión, respaldada por un tránsito promedio diario (tpd),Garantizado por la entidad concedente. Dado que el excedente en efectivo que el proyecto genere, debe ser amplio y suficiente para cubrir la financiación del proyecto bajo unas condiciones preestablecidas, su costo debe ser razonable calculado y los prestamistas e inversionistas, deben tener la suficiente seguridad y confianza en el proyecto, dado que la viabilidad financiera se basa en las proyecciones de flujo de caja para la vigencia de la concesión. “El concesionario mediante la constitución de un fideicomiso bajo un contrato de fiducia mercantil constituye un patrimonio autónomo que sirve de eje para la captación y administración de los recursos necesarios y operación del proyecto, con las siguientes ventajas. La garantía para que los ingresos derivados el proyecto sean aplicados al cumplimiento de las obligaciones con prestamistas e inversionistas, simplificación y facilidad en la adquisición de recursos con terceros, control sobre los recursos de peajes por parte del concedente interventor y concesionario.”³²⁴

Sin duda el auge de estos contratos, se debe primordialmente a la ocurrencia de restricciones presupuestarias por parte de los Estados, que se han valido de la necesidad de implementar modelos de concesión administrativa con apoyo básicamente en peajes y cánones de los usuarios públicos. En los países desarrollados, especialmente los que se encuentran sometidos al tratado de Maastrich, que es el requisito fundamental para la entrada a la unión europea, que impone una reducción al déficit público, ha generado que se busque medios alternos a los recursos públicos para la financiación de estos proyectos. “La tendencia de estas políticas nos han acercado al PFC (Project finance-financiación global de proyectos.) Algún gobierno como Inglaterra, ha afirmado públicamente que el tesoro no financiará nuevas infraestructuras que no se analicen primero bajo la financiación privada y se le presentasen los resultados de tal análisis.”³²⁵

Estos son los presupuestos y condiciones que a nivel global tienen ocurrencia para hacer uso del Project finance, es decir: Grandes inversiones, dificultad de financiarlas con los recursos presupuestales, necesidad apremiante de

³²⁴ Ibidém pág 384.

³²⁵ GÓMEZ CÁCERES Diego, JURADO MADICO Juan Ángel. *Financiación global de proyectos-Project finance*. Esic Editorial Madrid. Madrid pág. 23. “Un project finance se caracteriza por ser financiación sin recursos en su Estado puro, sólo se fija en los flujos de caja generados con los activos y, si el proyecto estudiado es lo suficientemente atractivo, podría no tener en cuenta ni siquiera el valor de los activos a la hora de desembolsar los fondos, un claro ejemplo lo constituyen las refinerías, con un precio de construcción muy superior a su valor como activo inmobiliario aisladamente, y por tanto difícil de financiar en base a este valor construido.

rentabilización del proyecto por concesión a largo plazo en manos privadas, estos planteamientos generaron que gobiernos como los de España y demás miembros de la OCDE, solicitaran a las constructoras, eléctricas petroleras, telefónicas, que para los proyectos de infraestructura que se contemplan bajo ópticas sociales, sus futuras infraestructuras se financien con capital privado y bajo esquemas de Project finance “Para los primeros quince años del nuevo milenio, se estima por la OCDE una inversión anual en infraestructura del orden de 500.000 mil millones de dólares por año, repartidos al 50% entre países desarrollados y países en vía de desarrollo. El banco Mundial y sus agencias prevén tasas de crecimiento especialmente en el sector energético, donde se gastaría más del 30% de la inversión anual de infraestructuras, con especial desarrollo en Asia si sus crisis lo permiten, y se espera que su financiación privada aporte un 20% al menos de los fondos necesarios.”³²⁶

En un estudio pormenorizado de las ventajas desde el punto de vista financiero que conllevan estos sistemas, podemos encontrar que estos independizan la capacidad de endeudamiento del desarrollo económico del país, debido a que en buena forma el Estado no endeuda su balance y se puede conseguir financiación para el emprendimiento de proyectos indispensables para el desarrollo económico, y se efectúa con recursos con cargo a lo que genera el proyecto y no a presupuestos generales del Año. También es ampliamente conocido que estos sistemas ofrecen financiación privada de bienes públicos, que al cabo de un plazo, generalmente son revertidos al Estado sin que este incurra en inversión directa. ya como tópicos bastante novedosos la doctrina ha esgrimido que estos medios de financiación para grandes infraestructuras “Permiten un control de proyectos públicos por las instituciones y su comparación con los proyectos públicos existentes para replicar las mejoras que la iniciativa privada consiga en los ejecutados bajo Project finance, transmitiendo eficiencia del sector privado al público, además utiliza el conocimiento y los modos de gestión privados que complementan así los puntos fuertes de la gestión pública en el resultado final.”³²⁷

Ya, En un estudio comparativo de modelos de gestión de medios de financiación contractuales del servicio público, puede aclararse que los Project finance; mayoritariamente son una creación del derecho anglosajón, pero que es capaz de combinar fórmulas contractuales continentales para la estructuración jurídica del proyecto, como lo es el contrato de concesión, paralelamente y ya con rasgos idénticos, se encuentra la concesión francesa, que implica en sí misma la responsabilidad de construir toda la infraestructura del servicio y la explotación o administración del mismo por parte del concesionario, pero a su vez la legislación

³²⁶ *Ibidem* pág. 34.

³²⁷ *Ibidem* pág. 26

administrativa francesa, rica en opciones y alternativas en estas materias, ofrece los contratos de “affemage (alquiler) donde la administración pública francesa desarrolla la construcción del sistema y contrata o arrienda su ejecución y mantenimiento, el cobro de tarifas y las relaciones con los usuarios, a una sola empresa privada: el fermier (arrendatario). Esta es una concesión que contempla únicamente la operación del sistema.”³²⁸

Esta distinción presente en el derecho francés, donde se involucra con mayor o menor intensidad la participación del inversionista privado, ha dado lugar a considerar este tipo de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, como verdaderos mecanismos de propiedad y financiamiento de la inversión para la provisión de servicios públicos. Mecanismos que hacen parte de un gran sistema para la provisión de servicios y que pueden consolidarse en tres grandes grupos, propiedad pública y operación pública; Propiedad pública y operación privada y propiedad privada y operación privada, como es bien sabido, la primera constituye el método clásico utilizado por la mayoría de los Estados hasta 1.990, donde la infraestructura para la provisión del servicio se financia en su totalidad con recursos públicos y la administración del servicio se efectúa con estructuras administrativas tradicionales; la alternativa propiedad pública operación privada que es de nuestro particular interés por encontrarse allí ubicada la concesión de servicio público, incluye 4 modalidades de asociación, la primera y más sencilla de todas es el contrato de servicios y de gerenciamiento, que contempla un corto plazo de ejecución entre 1 y 5 años, caracterizado fundamentalmente porque el contratista no se responsabiliza por el emprendimiento de ningún tipo de inversión y simplemente es remunerado sobre la base de una tarifa fija.

Los contratos de arrendamiento (lease), han contemplado tiempos de ejecución más amplios de 5 a 10 años y permiten el financiamiento privado para el capital de trabajo y de operación, dinero que retorna con utilidades al inversionista mediante un porcentaje de la tarifa que se cobra por el servicio, pero implica también capital público, ya que las futuras inversiones están a cargo de la administración que bajo este sistema mantiene la propiedad de los activos.

“Los contratos de concesión son más complejos, requieren inversiones nuevas con activos fijos por parte de los privados, que al ser recuperadas a través de la fijación de tarifas a lo largo del contrato que se extienden entre 15 y 30

³²⁸ROTH Gabriel. “*La provisión de servicios públicos.*” Cámara de comercio de Bogotá, Asociación Iberoamericana de cámaras de comercio. Bogotá. 1989 pág. 427.

años.”³²⁹ Como uno de los rasgos distintivos de esta concesión concebida internacionalmente como un estereotipo para la provisión de servicios públicos, debe destacarse la posibilidad que tienen los concesionarios de efectuar inversiones nuevas para el mejoramiento del servicio, bien sea en infraestructura o en tecnología, cabe hacer énfasis en que esta concesión así concebida en el nuevo modelo internacional, parte generalmente de la existencia previa de toda la infraestructura del servicio y es el modelo concesional más parecido al sistema de concesión de servicio público que en la actualidad se viene desarrollando en Colombia, que igualmente supone en los casos concretos la existencia previa de toda la infraestructura del servicio y la posibilidad vigente a través de este modelo de habilitar a los contratistas para adelantar inversiones, que como se dijo permitirán mejorar la prestación del servicio. No obstante y si se miran las aplicaciones futuras, el Estado mismo podría liderar e impulsar nuevos proyectos de infraestructura en materia de servicios públicos, que implican la adecuación de obras completamente nuevas, como ejemplo de lo anterior puede mencionarse como se ha llevado modernamente a cabo en otros países la construcción de plantas de generación de energía y acueductos.

Colombia no ha sido ajena a la implantación concreta de estos medios de financiación, solo que todo se ha manejado mediante el ensanchamiento del concepto de banca de inversión, donde se han distinguido varias actividades o mecanismos entre los cuales están incluidos, la emisión de títulos como por ejemplo bonos, papeles comerciales, acciones, títulos en procesos de titularización, todos ellos dirigidos a captar dinero del público, la integración de estas estrategias financieras dentro el concepto de banca de inversión se rige por la resolución 400 de 1.995, de la sala general de la superintendencia de valores que a su vez toma como marco legal de referencia a la ley 964 de 2.005, en estos dos instrumentos de orden jurídico se encuentran contenidos, los procesos de adquisición, fusión, rescisión de sociedades mercantiles y los procesos de reestructuración financiera, tratados en parte por la ley 550 de 1.999 y como aspecto de nuestro especial interés la financiación de proyectos o Project finance, como también se conoce a esta técnica que permite mediante un vehículo especial la financiación de proyectos que serán obras de infraestructura, generalmente dirigida a servicios públicos básicos.

³²⁹ LUCIONI Luis. *“Macroeconomía del desarrollo.” La inversión para la provisión de servicios públicos y su funcionamiento en América latina y el Caribe: Evolución reciente, situación actual y políticas.* Naciones Unidas CEPAL división de desarrollo económico, Santiago de Chile, noviembre de 2.004. pág. 14.

Gracias a la incorporación de este mecanismo en el orden jurídico Colombiano. La doctrina ha sido consciente de la novedad de la figura y ha procurado emprender la definición de la misma; en ese sentido la doctrina ha tratado de definir un Project finance, para lo cual ha planteado lo siguiente: “Para algunos tratadistas no es un contrato sino una técnica o forma de financiación para la realización(construcción y operación) de proyectos de infraestructura, que hace parte de los mecanismos de apalancamiento de la banca de inversión y de la banca comercial, en la cual se utiliza un vehículo o recipiente jurídico denominado unidad de propósito u objeto específico, SVPC (especial vehículo purpose corporation), como por ejemplo una sociedad comercial o un contrato de fiducia mercantil, cuyo propósito especial es que los financiadores del proyecto denominados sponsors, obtengan el servicio de la deuda atendiendo a los flujos futuros que genere el proyecto.”³³⁰

Este sistema permite imputar varios beneficios en Pro de las entidades concedentes que reclaman este medio de participación privada, por una parte se logra la obtención de créditos por parte del concesionario en la banca por medio de su reconocida experiencia en el manejo de estos proyectos, y el endeudamiento se efectúa por fuera del balance de la entidad u empresa concedente, off balance, es decir que el deudor sea la unidad de propósito u objeto específico, el svpc, y no el concedente. El objeto sobre el cual recae el instrumento de financiación es muy sencillo, y es precisamente la obtención de los recursos necesarios para poder realizar lo que en el lenguaje internacional es considerado como un proyecto de infraestructura de gran envergadura, y que exige para su construcción y posterior operación grandes cantidades de dinero.

Estos tímidos desarrollos en el derecho Colombiano, no obedecen a una verdadera voluntad política para la adecuación y puesta en marcha de estos valiosos mecanismos, sino mas bien a la benéfica influencia de la gestión que muchos organismos internacionales ejercen en el derecho interno, en este caso siguiendo a la UNCITRAL, por sus siglas en ingles OCNUDMI, es decir el comité de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional, que aprobó en Nueva York, del 12 de Junio al 7 de Julio de 2.000, en su 33º aniversario desarrollo una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, De allí se deduce que existe infraestructura pública y también privada y que el finance Project es ante todo una técnica o forma de financiación para infraestructura pública o privada, pero que principalmente es empleado para la financiación de proyectos públicos.

³³⁰ GÓMEZ CÁCERES Diego, JURADO MADICO Juan ángel. “Financiación global de proyectos, Project finance.” Editorial Madrid. Madrid pág. 23 pág. 158.

Rafael Hertz, quien obro como uno de los coordinadores de la denominada misión sobre el mercado de capitales, dijo que la misión creada en Colombia mediante decreto 2352 del 20 de Octubre de 1.994 del ministerio de hacienda, tenía el objetivo de asesorar al gobierno y en su informe final el cual entregó al gobierno, describió que para la participación privada en proyectos de infraestructura se ha usado una gran variedad de modalidades, incluyendo la enajenación de empresas o activos existentes, concesiones para la explotación de infraestructura existentes o sistemas muy similares a la concesión como BOO, BOT, BOOM, entre otros.

En el caso concreto este sistema de financiación ha sido utilizado con buen crédito en:

-Sector eléctrico: Con la construcción de centrales eléctricas y redes de distribución, por ejemplo termoflores, termoBarranquilla, termopaipa, termovalle, termocali, termodorada, termoisagen y termoberrio etc.

-Sector de telecomunicaciones: redes de comunicación local o internacional y redes de transmisión de datos, por ejemplo Comcel, occel.

-Sector hídrico y sanitario: Plantas de desalinización, tratamiento de aguas residuales, redes de distribución de Agua, plantas y equipos de recolección y eliminación de desechos, por ejemplo ECSA.

-Sector de transporte: Redes y medios físicos para el transporte público como ferrocarriles urbanos e interurbanos, metros líneas de autobuses, puentes, túneles.

“Carlos G. gercovich y Marcelo R Tavarone, plantean una definición más amplia y precisa, cuando afirman que podemos definir el project finance como la operación en la cual uno o normalmente varios acreedores, proveen financiamiento para la construcción de un proyecto de gran envergadura, asumiendo gran parte del riesgo y del éxito de dicho proyecto. El proyecto del cual se trata involucrará grandes emprendimientos de construcción. En la estructura típica del project finance habrá una empresa por lo general (ese vehículo recién referido, especialmente creado a efecto), la cual, usualmente bajo el régimen de concesión, llevara a cabo la construcción de un proyecto.”³³¹

³³¹ DURÁN VINASCO Ricardo. “*Project finance y emisión de títulos, dos alternativas de financiación*” Editorial U Santo Tomas. Bogotá pág. 163.

Si bien hemos insistido en la importancia de los medios contenidos en el derecho privado para obtener los objetivos empresariales, el project finance permite un retorno automático al derecho administrativo como medio eficaz para alcanzar para el manejo de megaproyectos de infraestructura, entonces la tendencia que parece consolidarse hoy por hoy en el mundo en pleno auge del project finance es una reutilización del derecho administrativo. Una vez concluido el proyecto, el concesionario tendrá la facultad de operarlo durante un determinado tiempo, y podrá percibir de los usuarios una suma de dinero, también determinada, por el uso que hagan de él. Dicha suma debe permitir a la empresa recuperar la inversión efectuada en la construcción del proyecto y, así mismo, obtener un razonable margen de ganancia por dicha inversión. La expectativas de cobro de los acreedores se concentraran en la suma de dinero que los usuarios el proyecto paguen a la empresa, ya que los préstamos se efectuarán en la etapa de construcción, así mismo que el pago deberá efectuarse una vez el vehículo especial haya comenzado a operar y percibir los pagos correspondientes por parte de los usuarios, por lo general los acreedores verán limitadas sus expectativas de cobro a tales ingresos, sin poder afectar otros bienes de los sponsors al pago de las deudas asumidas, a aporte del otorgamiento de garantías. En el project finance los acreedores tendrán en cuenta, la capacidad del propio proyecto una vez concluido, para atender el servicio de la deuda asumida frente a los acreedores y para permitir a los sponsors un rendimiento razonable de su inversión. Se destaca así la íntima vinculación existente entre las expectativas de cobro de los acreedores y el éxito del proyecto.

“Sintetizando, los elementos básicos de esta técnica serían los siguientes:

- I) La existencia de un proyecto aislado que tiene valor independiente al de las actividades y operaciones de los patrocinadores del mismo, lo cual se logra en nuestra opinión, mediante la firma del contrato de fiducia mercantil.
- II) El proyecto debe contar con un flujo de ingresos altamente predecibles que serán establecidos contractualmente, los cuales corresponderán a una dinámica de fuentes, a los cuales deberán darse los usos que corresponden según la planeación.
- III) La existencia de un grupo de contratos que aseguran la construcción, el mantenimiento continuo y la operación del proyecto.”³³²

³³² *Ibidem* pág. 163.

3.1.3 Estructura y aspectos contractuales del proyecto. Se quiere significar con estructura, la distribución de las actividades de las partes que se integran para la realización de la técnica, para lo cual debe ponerse de presente que el método que se utiliza para la financiación de un proyecto de infraestructura física de un país, debe iniciar con la definición, por parte de la autoridad gubernamental del Estado correspondiente, de la realización de la obra de infraestructura física atendiendo a la contribución del particular.

Así las cosas, para el caso Colombiano, serán el consejo de política económica, CONPES, y los ministerios del caso a nivel nacional, con la participación del ministerio de hacienda y crédito público quienes efectuaran la denominada garantía nación, o de las correspondientes autoridades del nivel local, Los que tomarán la decisión de emprender el inicio y ejecución de la obra, luego de haber efectuado las respectivas mediciones y estudios que permitan llegar a comprender el impacto del proyecto en el mercado.

“Así las cosas, se decidirá que el particular contribuya con su dinero y técnica para su realización, los mecanismos para seleccionar a los particulares y establecer la forma como participarán, siendo el más común el de la concesión pública, regulado por el artículo 32 de la ley 80 de 1.993, La idea es que hecho el trámite de la ley 80 de 1.993, seguramente previa licitación pública para la selección el contratista, regularmente en los mismos términos de referencia de la misma licitación, se defina la manera en que se realizará el proyecto y el aspecto de financiación, en cuanto a sus fuentes, se debe determinar de dónde saldrán los recursos, dentro de los cuales se incluyen los dineros para su realización.”³³³

El objeto contractual a modo de ejemplo será entre otras la construcción y operación de una hidroeléctrica para atender la demanda de energía, y la técnica que determinara la ejecución del proyecto responderá a una financiación de proyectos o project finance. Una vez se han definido estos aspectos de procedimiento en cuanto a la ejecución del proyecto y gracias al modelo establecido por la UNCITRAL, se dispondrá seguidamente que los recursos necesarios para la ejecución del proyecto se administran a través de un encargo fiduciario, para lo cual se puede contratar la participación de una de las sociedades fiduciarias autorizadas en Colombia, con quien se celebrara un contrato de fiducia mercantil, de aquellos que están contenidos en el código de comercio a partir del artículo 1.226 y siguientes. “Así las cosas el contrato de fiducia mercantil y la consecuente conformación del patrimonio autónomo, con los bienes fideicometidos, esto es, transferidos, según el artículo 1.223 del código de

³³³ Ibídem pág. 168.

comercio, se constituirá en la unidad de propósito u objeto específico svpc (especial vehículo purpose corporation), para que sea esa unidad recipiendada, vaciada o volcada en el contrato de fiducia mercantil la que asuma esa posición de deudor de los recursos necesarios para la construcción del proyecto.”³³⁴ Allí también se efectúa una distribución de las fuentes de recursos y se planifica la manera como se efectuaran los gastos de los dineros necesarios para la ejecución de la obra.

De manera seguida se pone en funcionamiento la siguiente fase del proyecto que es la etapa de operación, que se extiende desde la fecha de entrada de la operación comercial, hasta la finalización del tiempo que se haya estipulado por la vía contractual, este es un importante periodo, pues en él suele tener ocurrencia la firma de más contratos que resultan necesarios para estructuración del proyecto, como aquellos que jurídicamente se destinan a la vinculación de un administrador técnico, de un asesor legal. Del mismo modo el proyecto puede diseñarse para que haya de forma anticipada a la construcción y operación del mismo un contrato de compra del producido del proyecto, por ejemplo, para la compra de la capacidad disponible y la totalidad de la energía generada si es un contrato de concesión para la generación de infraestructura en el sector eléctrico.

Tal y como se señaló generalmente el proyecto siempre recurre a la celebración de un contrato de fiducia mercantil, que como es natural se celebrará entre los interesados en el proyecto y una sociedad fiduciaria en Colombia, Para la constitución el fideicomiso que será la unidad de propósito u objeto específico SVPC; muchos de estos proyectos a su vez contemplan la también existencia de un contrato de operación y mantenimiento cuando ya se tenga lista toda la infraestructura, de modo tal que el concesionario es un experto financiero en la ejecución de mega proyectos, pero recurre a la experiencia de avezados operadores para el suministro del servicio.

El proyecto. A través de la unidad de propósito u objeto específico svpc, tendrá que recibir los dineros para su construcción, por lo que puede haber un contrato de préstamo para la financiación, que puede contar con una garantía de la nación sobre una porción o sobre la totalidad del mismo, en moneda nacional o extranjera, otro de los contratos que generalmente se celebran en este tipo de proyectos, es el contrato de promesa de compraventa, por ejemplo de la participación de una de las partes en el proyecto respecto de otra que está interesada, así como de un contrato de interventoría, regularmente con un interventor con reconocida experiencia o a través de una firma especializada que

³³⁴ Ibídem pág. 168.

efectúa la interventoría técnica durante su construcción. “Si el proyecto se realiza a través de una unidad de propósito u objeto específico SVPC, utilizando un contrato de fiducia mercantil, será necesario un conjunto de normas y reglas que deberá seguir el fiduciario para contratar en nombre del fideicomiso, denominado manual de contratación.”³³⁵

En síntesis y gracias al apoyo doctrinario podemos definir que el funcionamiento del finance Project a través de un contrato de concesión puede sintetizarse de la siguiente forma:

En un primer orden se trata primero de la creación de un vehículo jurídico SVPC, que es la persona jurídica o la fiducia mercantil que construirá, operará y hará la transferencia de la obra de infraestructura. Ya dentro de la estructura interna de este vehículo o de quienes participan como órganos de dirección podemos encontrar a los (ospe) o sponsors, quienes son los titulares de los derechos sobre dicho vehículo, los cuales pueden establecer sus relaciones mediante la celebración de un acuerdo de accionistas, si se trata de una sociedad, o la celebración de un contrato de Joint venture en un consorcio o un acuerdo de colaboración empresarial, que será el documento por medio del cual se establecen sus derechos y obligaciones. Cuando en la estructuración jurídica y financiera del proyecto se decide celebrar un contrato de fiducia mercantil, los sponsors serán fideicomitentes y beneficiarios y a medida que se va desarrollando el contrato de fiducia mercantil, establecerán sus derechos y obligaciones, acuerdo de vital importancia porque es el encargado de definir el reglamento al cual se someterán estos sponsors.

“Regularmente existe un grupo de bancos, liderado por uno de ellos, que sindicó el crédito para la financiación del proyecto, dando participación a personas diferentes, como instituciones financieras u organismos internacionales multilaterales como el banco interamericano de desarrollo (BID), o el Banco Mundial. Ese crédito sindicado regularmente recibe el nombre de credit agreement, dicho sindicato recibirá la máxima garantía respecto de los activos del proyecto, que siendo un contrato de fiducia mercantil, consistirá en la cesión de todos los derechos de los fideicomitentes y los beneficiarios sobre el fideicomiso.”³³⁶ Puede que no todos los recursos para la financiación del proyecto provengan del sector financiero en ocasiones los sponsors aportan también capital, que para el caso de la fiducia mercantil serán los bienes fideicomitados, lo cual quiere decir que pueden haber aportes diferentes a dinero líquido, como

³³⁵ Ibídem pág. 171.

³³⁶ Ibídem pág. 171.

serían los terrenos donde se ejecutara el proyecto, Una vez obtenidos los recursos se procederá a la construcción de la obra. En resumen se pueden precisar tres etapas básicas para la realización del proyecto que serían: I) Planeación del proyecto, que se perpetuaría hasta su mismo cierre, y que es el punto de inicio del proyecto. II) la construcción del proyecto y III) operación del proyecto. No obstante antes de la iniciación de la obra y posteriormente a la constitución del vehículo multipropósito se desarrolló los estudios técnicos y financieros previos que permiten analizar la forma como se adelantara el proyecto.

Por lo tanto se hace necesario avanzar también en sus otros aspectos, como es el comportamiento financiero del mismo y de las previsiones en materia de planeación que se hacen necesarias, también agotar en un estudio multidisciplinario, pues la complejidad de la materia lo amerita, de este modo todo project finance, debe contar desde el comienzo con una serie de análisis financieros como lo sería un estudio previo a la demanda de bienes y servicios, el análisis de los procesos de negocio, y de los recursos necesarios para su realización, así como del mismo entorno legal del lugar en donde será desarrollado el proyecto, en cuanto a la demanda de bienes y servicios debe considerarse que es uno de los aspectos claves del análisis de inversiones mediante el project finance, ya que la estimación de la demanda servirá para definir aspectos claves, tales como el mismo costo de las inversiones a efectuar y por tanto la definición de su estructura financiera. “La estimación de la demanda debe basarse en el conocimiento del negocio por parte de los promotores. Estas estimaciones deben ser contrastadas y valoradas por expertos independientes. La dificultad de la estimación de la demanda dependerá de la experiencia previa que se tenga. Estos son algunos ejemplos de estimación de la demanda: En infraestructuras de transporte: Análisis del IMD aforos, en centrales de energía: demanda de Kw. /hora. Otros: encuestas y otros estudios de mercado.”³³⁷

Posteriormente, deberán llevarse a cabo estudios para configurar el proyecto y para la apropiación de los recursos a cargo de los responsables del proyecto o para estos efectos financieros a los responsables de la iniciativa empresarial, generalmente estos estudios se efectúan con la colaboración de expertos independientes, lo cual aumenta el grado de credibilidad, por lo general aquí quedan abarcados aspectos sensibles o de gran trascendencia tales como:

- Proceso de construcción; Proyectos de ingeniería y arquitectura, desarrollo de maquetas y pruebas piloto etc.:

³³⁷ FERNANDO Mazón. FRANCESC Xavier Alsina. SANTIAGO Águila. “Finanzas de la planificación a lo largo de la gestión diaria de la tesorería”, Ediciones gestión 2.000. Barcelona 2.003 pág.175.

- Proceso de negocio: Diseño de procesos óptimos de explotación, diagramación de los mismos, realización de ensayos, etc.
- Recursos materiales: Necesidad de materiales, fuentes de aprovisionamientos, aseguramiento de materiales.
- Recursos humanos: Análisis de los distintos puestos de trabajo a cubrir, análisis de la plantilla mínima de subcontratación.

Luego se proseguirá con análisis de localización, que estudia las ventajas y desventajas de los lugares donde se llevaran a cabo los proyectos, en esta ponderación se deben tener en cuenta aspectos tales como:

“Normas y planes de ordenación de la zona, limitaciones a la industria en cuestión. Limitaciones a la edificación. Facilidades de acceso y comunicaciones, existencia de servicios básicos, Ayudas e incentivos a las administraciones públicas. Posibilidades de expansión futura. Proximidad al mercado objetivo y a los suministradores de materias primas. Estructuras de costes de la zona. Gastos de instalación.”³³⁸

Muy a la par y casi de manera concomitante debe efectuarse un análisis del entorno legal, que es un aspecto básico, directamente relacionado con determinados tipos de riesgo y donde se deben tener en cuenta aspectos como:

- Legislación sobre la industria y el sector de producción objeto del proyecto.
- Limitaciones al movimiento de capitales, mano de obra y materiales.
- Limitaciones al reporte del dividendo.
- Tributación.

Por último se debe definir la estructura de financiación. La vasta experiencia de expertos concesionarios en estos temas, enseña que la obtención de financiación dependerá de varios factores, tales como:

- La capacidad de los promotores para convencer de la bondad del proyecto a los financiadores.
- La rentabilidad esperada del proyecto.

³³⁸ *Ibidem* pág. 176.

- La generación de recursos suficientes para hacer frente al servicio de la deuda.
- La sensibilidad al riesgo de la entidad financiera. En esta situación puede que entidades financieras rechacen un proyecto y otros lo acepten.

3.2 LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO MEDIO ALTERNATIVO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO CUANDO SE HACEN PATENTES LAS DEFICIENCIAS DEL MERCADO

3.2.1 Mercados deficientes donde la situación económica de los usuarios hace impracticable la competencia y se hace necesaria la intervención estatal. Esta es entonces una realidad latente, el Estado intervendrá en la economía por medio de la tradicional técnica de servicio público, cuando se presenten deficiencias e imperfecciones del mercado que desde una estricta visión económica corresponde a la misma existencia de situaciones de monopolio, desde esta concepción el servicio público como técnica tiene una utilidad hoy muy precisa. Tal y como se señaló, las dos modalidades de política económica (servicio público-liberalización) convergen y son moduladas y utilizadas simultáneamente en diversos escenarios, el primero de ellos; el afianzamiento del libre mercado y de la iniciativa privada mediante una masiva política de liberalización en la máxima intensidad y grado que sea permitido.

Ya de manera excepcional se aplicara la noción de servicio público en donde la iniciativa privada en régimen de monopolio, se quede corta o valga la redundancia se pierda interés por falta de condiciones económicas atractivas que garanticen el retorno de la utilidad, o por los elevados precios que se pueden trasladar a los usuarios como consecuencia del monopolio natural, en otras palabras los mismos segmentos del mercado que el estado liberal clásico dejaba desatendido y que constituyeron falencias o descuidos económicos graves, esto en relación a aquellos monopolios que surgen como consecuencia de la falta de capacidad económica de los usuarios que componen ese mercado y que para efectos de asegurar la prestación del servicio, solo un operador en forma exclusiva basta para satisfacer la demanda con precios bajos y el cual se ha concebido como una situación que genera monopolios naturales .

Hoy en el auge de una intensificación de la libertad económica privada, estas falencias del pasado hoy sí son atendidas por el estado justificándose plenamente la intervención estatal. En palabras de la doctrina: “La intervención del estado debe venir exigida por un interés general prevalente y cierto, por la existencia de

una utilidad pública en dicha actuación, por la necesidad de atender a necesidades colectivas que de otra forma quedarían desatendidas. Aun aceptando el carácter abierto que tienen en este punto la mayoría de constituciones, si se quiere descubrir lo que constituye, sin duda, la clave de un sistema de economía de mercado hay que decir que este se basa primordialmente en la iniciativa privada y secundariamente, justificándola en cada caso puede aceptarse la iniciativa pública.”³³⁹

Por ende la consolidación de la tendencia muestra de manera abrumadora, que el sector privado irrumpe con fuerza en todas las actividades que con anterioridad eran catalogadas como públicas, esto ha auspiciado desde los mismos Estados, que cada espacio ahora habilitado para que el sector privado pueda desplegarse queda rápidamente apropiado, montado y es explotado, si se dan las condiciones de mercado adecuadas. Este voraz desenvolvimiento del sector empresarial demuestra su gran capacidad de expansión y de gestión que ha facilitado el desmantelamiento rápido de todos los monopolios estatales, por lo menos los artificiales declarados como tal por medio de la ley, pero que habían sido declarados como tales, solo porque las actividades en el pasado ameritaron la calificación de servicios públicos, esto fue una verdadera declaración legal de monopolio a actividades que realmente no lo justificaban. Si bien muchas actividades de servicio público tienen una tendencia al monopolio natural, el insaciable apetito de la iniciativa privada y el permanente patrocinio del Estado ha permitido el desmantelamiento de las estructuras monopolísticas en la medida de lo posible, liberalizando todo lo que se puede liberalizar y estableciendo estructuras de mercado en donde esto sea viable. El único freno existente a esta tendencia no han sido restricciones jurídicas, sino la ocurrencia de fenómenos económicos que como el monopolio natural, hacen su aparición para demostrar que de manera forzosa, hay situaciones técnicas que hacen imposible la consolidación de un mercado.

No obstante la aplicación del concepto de monopolio natural, ha variado sustancialmente, así este concepto se mantenga inmutable, por ejemplo: “Económicamente hablando, es comprensible y preferible que las empresas públicas de tipo de telecomunicaciones, correos, ferrocarril, Etc. Estén controladas por el Estado, puesto que constituyen lo que los economistas llaman monopolios naturales. Un monopolio natural es una empresa cuya dimensión mínima para garantizar la mayor eficacia económica es igual a la importancia real del mercado.

³³⁹ ARIÑO Gaspar. *“Economía Y Estado. El Estado productor de las nacionalizaciones a las privatizaciones, el Estado regulador del monopolio a la competencia.”* Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Pág. 45.

Dicho de otro modo, es preciso un cierto tamaño para asegurar economías de escala y de este modo garantizar un precio justo y un mejor servicio al consumidor-usuario.”³⁴⁰

En consecuencia y si bien se ha logrado demostrar la aplicación de la teoría de servicio público a todas aquellas actividades que constituyen verdaderos monopolios naturales, y que pueden llegar hacer parte de un servicio público como un todo, es hora de afirmar que si hoy existen monopolios naturales con una confirmada y absoluta tendencia a ser declarados como servicios públicos o actividades de servicio público, entonces estos monopolios así considerados serán objeto de publicatio, es decir declarados como de exclusividad del Estado y de quien este puede disponer en gestión directa excluyendo a cualquier particular de ejercerlo libremente. En esta concreta situación nace la posibilidad, que el Estado pueda dirigir sin gestionar y decida otorgar a un particular en forma el servicio por medio de un contrato de concesión. Así las cosas y en consonancia con una ideología con tendencia a la liberalización, la concesión de servicio público se convierte en un medio ideal para la administración de monopolios naturales, que han sido declarados como auténticos servicios públicos.

Se sostiene que es un medio ideal básicamente, porque permite una decidida intervención estatal a través de la declaración de servicio público, que a su vez propicia el concierto de la actividad empresarial del particular, en consonancia con una política que propende en todo momento dar participación al sector privado en actividades incluso reservadas. En conclusión la fuerza de las circunstancias, pero más la depuración de la técnica económica aplicada a casos concretos (monopolio natural), ha llevado indefectiblemente a la construcción de un nuevo escenario para la aplicación de la concesión administrativa de servicio público, en el pleno auge del régimen de la libre entrada.

Esta nueva relación de monopolios naturales con la concesión de servicio público, ha sido merecedora del reconocimiento de la doctrina, que sobre este particular se ha pronunciado de la siguiente forma: “La entrada en los campos reservados sólo es posible previa habilitación por el Estado que recibe en nuestro derecho tradicional el nombre de concesión. Esta supone en principio, un monopolio de iure a favor de la administración, que puede ir o no acompañado de un monopolio de facto en la medida en que la administración asuma directamente la ejecución de dicha actividad en todos sus ámbitos o la otorgue, también en exclusiva, a un tercero. Las motivaciones que han llevado en ocasiones a estas declaraciones de

³⁴⁰ GEORGE Susan. “*La privatización o la gran feria en la encrucijada del neoliberalismo.*” Iepala Editorial. Madrid. 2.000. pág. 350.

reserva, han sido de servicio público (monopolios naturales) o fiscales (monopolios sobre el juego, las loterías o los carburantes.)”³⁴¹

Esta concesión con aplicaciones más depuradas, en teoría tiene un comportamiento idéntico a la concesión concebida desde sus mismos orígenes, con un desenvolvimiento idéntico, pero en esta ocasión serán enfiladas directamente hacia las actividades que son verdaderamente monopolios naturales; en suma la concesión tiene un régimen contractual que ha sido puesto en ejecución por años, lo que hace que sea factible anticiparse y predecir los resultados que se obtendrán como consecuencia de su aplicación, en este sentido: “La concesión de servicios públicos es una de las posibles respuestas que el derecho ha dado a la teoría del monopolio natural. La técnica consiste en la previa exclusión de la libre iniciativa empresarial mediante la creación de un monopolio legal para, posteriormente encomendar a una determinada persona la gestión de la actividad monopolizada.”³⁴²

La concesión de servicio público hoy adquiere un nuevo significado, pues su aplicación puede tener amplia acogida en la concesión a particulares de servicios públicos que por su poca rentabilidad económica deben ser prestados en forma de monopolio por medio de este contrato. En este sentido, la concesión de servicio público se constituye más como una autentica técnica de regulación económica para la prestación de servicios que por su baja rentabilidad no admiten la amplia concurrencia de prestadores, erigiéndose como una única y verdadera alternativa para la prestación de la actividad. En este sentido, entonces, serán las propias condiciones económicas del mercado los que condicionan el empleo de este contrato y su subsistencia como una técnica válida para el ejercicio de actividades consideradas como de servicio público.

Como ejemplo de este tipo de monopolio en nuestro país puede citarse el caso de las áreas de servicio exclusivo sobre las cuales se dirá lo siguiente: Las áreas de servicio exclusivo son una creación de la ley 142 de s.p, su mismo origen es una cuestión que no queda muy clara ni si quiera en su exposición de motivos. Hoy por hoy, e incluso, en estos trabajos de carácter investigativo es difícil precisar las fuentes sobre las cuales la ley se basó para incorporar dichos instrumentos de organización para la prestación de los servicios públicos. Sin embargo algunas vagas referencias doctrinales, logran ya advertir el empleo de esta específica

³⁴¹ ARIÑO Gaspar. “Economía Y Estado. El Estado productor de las nacionalizaciones a las privatizaciones, el Estado regulador del monopolio a la competencia.” Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. Pág. 47.

³⁴² GÓMEZ-FERRER Rincón Rafael. “La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones.” Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales. S.A. Madrid 2.003 pág. 289.

modalidad en algunos servicios. A manera de ilustración, “en Francia es común el suministro de agua para uso doméstico. Con el fin de evitar los costos que representarían varios sistemas separados, las municipalidades recurren a procesos de licitación destinados a seleccionar empresas que cuenten con contratos de suministro exclusivo o áreas determinadas; Los convenios más frecuentes son los de concesión (concesión) y “affermage” (alquiler).”³⁴³

El área de exclusividad francesa, que se maneja por medio del contrato de concesión, tiene la particularidad de ser a largo plazo; normalmente por 30 años para poder sufragar las inversiones efectuadas por el contratista, ya que por lo general estos contratos traen de suyo la construcción de la infraestructura del servicio. Al mismo tiempo, un plazo prolongado para la explotación de la concesión que permite administrar la tasa de retorno con reducciones significativas en los precios que pagan los consumidores. Lo realmente cierto y lo que no admite ninguna duda es la razón sobre la cual se fundamenta su existencia, pues del mismo tenor literario del artículo 40 de la ley 142 de S.P, se desprende de manera inmediata de su simple lectura, que su misión es ante todo y por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura llegue a los más necesitados, extender a las personas de menores ingresos la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica. Como se puede deducir de lo anterior el área de servicio exclusivo, opera específicamente en los servicios públicos domiciliarios descritos.

El área de servicio exclusivo, puede considerarse como un espacio geográfico establecido específicamente en razón de la capacidad económica de los usuarios potenciales que en ella residen, que por lo general pertenecen a un segmento de la población en condiciones de pobreza. En sintonía a estas apreciaciones la doctrina al definirla ha manifestado que: “De igual forma, el artículo 40 de la ley

³⁴³ ROTH Gabriel. “La provisión de servicios públicos”. Cámara de comercio de Bogotá. Asociación iberoamericana de cámaras de comercio. Bogotá Pág. 426: “Las autoridades públicas contratan con un único operador privado tanto la construcción del sistema como el manejo de la concesión. El concesionario, por ende, financia, construye y pone en funcionamiento todas las instalaciones para el suministro del agua potable, por su propia cuenta y riesgo. Al expirar el contrato, debe entonces devolver el sistema al Estado en perfectas condiciones, lo que significa que deberá mantener o reemplazar los equipos durante la vigencia de la concesión, así como recuperar el capital invertido. Con el fin de obtener un rendimiento sobre la inversión, el concesionario vende el agua a los usuarios de conformidad con los términos de su contrato. El precio tiene en cuenta las tendencias económicas que se presentan durante el periodo de vida de la concesión (inflación, economías a escala, cargas tributarias, legislaciones, etc.). Por lo tanto el contrato no especifica tarifa alguna, sino más bien un conjunto de reglas que permiten calcular el precio de venta correspondiente a cada año.”

142 de 1.994, creó la figura de las áreas de servicio exclusivo con el propósito de ampliar la cobertura de los servicios de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de energía eléctrica.”³⁴⁴ A grandes rasgos y pese a la brevedad y poca descripción operativa y mínimo nivel de detalle previsto en el artículo 40 de la ley 142 de servicios públicos, en lo atinente al funcionamiento y puesta en marcha de las áreas de servicio exclusivo, si resulta perentorio mencionar que no existe más normatividad de orden legislativo que explique sus elementos y su estructura.

Por lo tanto, su aplicación para la prestación de los servicios públicos por ella contemplados, se hace conforme a un ejercicio de buen juicio por parte de las entidades territoriales, que en todo momento y lugar deben buscar su buen funcionamiento y desempeño; por la garantía constitucional de eficiencia prevista para la prestación de todos los servicios públicos. En consonancia con lo anterior, en el sector de agua potable y saneamiento básico y por medio de la intervención de la C.R.A., se han señalado los requisitos que deben cumplir las entidades prestadoras, con el fin de demostrar la viabilidad de un área de servicio exclusivo (resoluciones 02 y 11 de 1.996); además se establecieron criterios de abuso de posición dominante de las entidades prestadoras (resolución 06 de 1.995).

Esta ausencia de descripción de la ley en ultimas, ha permitido que los vacíos y dudas que surgen en la implementación de estas áreas de servicio exclusivo, sean resueltas en la mayoría de los casos por las comisiones de regulación, que con la mejor intención de hacer viables estas áreas, han establecido requisitos de implementación y funcionamiento por medio de sus resoluciones en pleno ejercicio de la función regulatoria. Al respecto vale la pena comentar que el gobierno nacional en ejercicio de la actividad reglamentaria, en la mayoría de los casos, con excepción del servicio de Aseo, ha dejado pasar por alto la oportunidad de señalar la manera como se podría llevar a cabo la aplicación de la ley en relación con las áreas de servicio exclusivo.

con la constitución de estas áreas de servicio, se perseguía fundamentalmente el establecimiento de un sistema de prestación configurado bajo condiciones excepcionales, y que consiste en darle exclusividad a un concesionario para que efectúe la prestación del servicio en un espacio geográfico donde los usuarios potenciales están conformados por personas de escasos recursos económicos. A tal punto, que la también escasa capacidad de pago de los usuarios, hace imposible la consolidación de un mercado que pueda ser conformado por una

³⁴⁴ GONZÁLEZ OBREGÓN Guillermo. “*Régimen de contratación de las empresas de servicios públicos.*” Superintendencia de servicios públicos Bogotá 2.004 Pág. 29.

pluralidad de operadores que por razones económicas simples, pierden interés en explotar un servicio en estas condiciones poco atractivas.

Estos motivos de interés social, sin duda también guardaban una estrecha relación con el crecimiento y expansión del servicio, pues se entendía que con la fijación de las tarifas contractuales, generalmente con tendencia a ser establecidas con precios bajos se obtendría una rápida cobertura y crecimiento del servicio a todos los usuarios potenciales. En este sentido creemos que así no lo diga la ley y lo ignoren las mismas disposiciones reglamentarias, uno de los requisitos implícitos en la fijación de cualquier área de servicio exclusivo, es la existencia de una baja cobertura, producto de la condición económica de los potenciales usuarios.

Ahora bien, debe reconocerse que a lo largo de este capítulo, se viene insistiendo en la necesidad de justificar la supervivencia del contrato de concesión de servicio público y de las mismas áreas de servicio exclusivo, que implican absoluta exclusividad en un esquema de prestación que propende con insistencia en la libertad de entrada con pluralidad de prestadores, las razones que justifican avalar esta excepción a la regla general en su mayoría, han sido traídas a este trabajo de la doctrina extranjera, ya que este fenómeno ha tenido ocurrencia en otras latitudes, pues los aspectos técnicos para la prestación de los servicios son iguales en todas partes. Pero, quisiéramos hacer énfasis, especialmente en la comunidad europea, donde el clásico contrato de concesión de servicio público, hoy pervive para permitir la adecuación de un esquema de prestación del servicio, cuando las condiciones del mercado imposibilitan la concurrencia de prestadores. Imposibilidad que se manifiesta precisamente en la ausencia de un mercado económicamente atractivo, que sea incapaz de soportar el fraccionamiento del servicio y del mismo mercado, constituyéndose en una situación forzosa por parte de las administraciones el concesionar de tal forma que solo podrá entrar un operador, técnica que permitirá obtener todos los recursos disponibles y así optimizar los costos y la mismas utilidades que arroja la actividad.

Si bien, estos son los argumentos que prevalecen en la doctrina extranjera para seguir sosteniendo el fenómeno concesional, con agrado a continuación se citara como la doctrina nacional también viene comprendiendo esta situación, pues al respecto ha manifestado con gran acierto que: “No se crea que no existe motivación lógica en la previsión contenida en el referido artículo 9 de la ley 632, que en la práctica implica aplicar un esquema de prestación estatal del servicio por oposición al de libertad. Todo nace por cuenta de los principios ultra capitalistas que avalan como motor del desarrollo y eficiencia la competencia libre, pero la que en realidad no siempre resulta conveniente si se trata de favorecer los intereses colectivos. Esto por cuanto, existen servicios que como el aseo, un marco de libre

entrada no garantiza la prestación del servicio para sectores con limitadas capacidades de pago. Los particulares en su afán lucrativo se concentran en lugares que puedan obtener tarifas satisfactorias, mas no en otros, que a más de un limitada cultura de aseo en zonas públicas, no tienen capacidad económica. Ante tan evidente realidad, el legislador con claro criterio social, se vio en la imperiosa necesidad de aligerar el principio de libertad, dejando en manos del municipio y distrito la adopción del esquema que más se ajuste a sus necesidades.”³⁴⁵

3.2.2 El monopolio natural que surge con ocasión de las infraestructuras en red y la concesión de servicio público. Anteriormente, se efectuaba una aplicación del concepto de monopolio natural a toda la actividad de servicio público que presentaba tendencia al monopolio, esto es muy común en los servicios públicos con estructura de red (casi todos). Y así, si un servicio tenía esta particularidad todo el servicio era considerado como un monopolio natural. Pero la transformación de este criterio es el gran reto del estado y del sector privado al liberalizar, ya que si se aplica el concepto de monopolio natural como se acabó de ver, prácticamente nada podría liberalizarse y en ninguna actividad podría constituirse un mercado y el sector privado, vería frustrada su intención de entrar a la prestación de los servicios.

Entonces la solución a ello, desde luego económica, vendría a verse patentada en el hecho, que en cada servicio público se deba efectuar una descomposición de actividades y examinar a la luz de la teoría económica, cuales son monopolios naturales y cuáles no lo son. El resultado de desarrollar esta tarea, mostro que en cada servicio público había por lo general más actividades que permitían el establecimiento de un mercado, que las que en verdad eran monopolios naturales.

En ello consistiría la variación que se efectuó de la aplicación del concepto de monopolio natural, esta vez dirigido con precisión al verdadero y autentico monopolio natural, en esencia a una precisa actividad que compone el servicio público y que no puede ser ejercida de manera competitiva. Esta evolución ha sido permanentemente comentada por la doctrina, especialmente en los trabajos del profesor Gaspar Ariño, que de manera constante ha sostenido, que solo será declarado como servicio público todas aquellos actividades que componen una actividad económica de interés general y que tienen una invariable vocación al monopolio natural, al respecto este autor viene sosteniendo: “El nuevo modelo se caracteriza por la separación de actividades (unbundling), distinguiendo aquellas que pueden llegar a ser competitivas de aquellas otras que tienen una estructura tendencialmente llamada al monopolio natural o que constituyen prestaciones de

³⁴⁵ Ibidem Pág. 818.

servicio universal, de imposible satisfacción por el mercado. A las primeras se les aplicará un régimen jurídico abierto competitivo; a las segundas un régimen intervenido regulado.³⁴⁶

Esto para demostrar la vitalidad del concepto de monopolio natural, como factor de distinción, pero más adelante y como resultado de la combinación del nuevo modelo, el mismo autor efectúa la siguiente precisión que junto a la anterior se convierten en las reglas imperantes para la liberalización y para la imposición de límites en la intervención estatal en la declaración de servicio público así concebida: “La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. En lugar de declarar servicio público el correo, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad, el transporte o la televisión, lo que debe hacerse es precisar, en cada uno de ellos, cuáles son las obligaciones o cargas de servicio público, esto es de prestación obligatoria, que hay que garantizar como misión o tarea de interés general en cada sector concreto.”³⁴⁷

Esta será la nota predominante, que los monopolios naturales también se presentan en las infraestructuras en red, así el servicio este compuesto por otras actividades que permiten la concurrencia, este es un cuello de botella que admite, pero además reclama una más precisa intervención estatal, en este caso por medio del empleo de la concesión de servicio público, que se adapta de manera precisa para resolver esta necesidad de intervención en estos difíciles terrenos. Dada su importancia y para ratificar la industria de red en el servicio público como piedra angular que propicia la existencia del monopolio natural, la doctrina ha reconocido esta misma importancia en los siguientes términos: “Por tanto dentro del conjunto de los monopolios, encontramos un grupo en el que la propia configuración de un sector (estructura de red) hace que el titular del canal de paso hacia el mercado pueda explotar la actividad en régimen de monopolio. La pieza clave del sistema son las redes o infraestructuras en red, que sirvieron en su día para identificar una actividad como monopolística, promoviendo la calificación formal de servicios públicos, adjudicados en concesión y que hoy son un elemento estratégico fundamental para intentar construir un verdadero mercado liberalizado.”³⁴⁸

³⁴⁶ ARIÑO Gaspar. “Regulación monopolística y regulación competitiva, En reforma al régimen de contratación estatal.” Universidad de los Andes. Bogotá 2.010. pág. 48

³⁴⁷ *Ibidem* pág. 48.

³⁴⁸ CABALLERO SÁNCHEZ Rafael. “Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos.” Instituto nacional de administración pública. Primera Edición. 2.003. pág. 109.

La razón económica sobre la cual se sustenta el porqué de este monopolio natural, es una cuestión de orden técnico en la configuración o el papel que la red desempeña en el suministro del servicio, aspectos técnicos cuya máxima comprensión han sido solo alcanzados por la doctrina más especializada y que sobre el particular viene expresando: “En efecto, las redes, en cuanto que canalizan todo el tráfico de un determinado bien o servicio, constituyen verdaderos cuellos de botella, es decir, conductos materiales de paso obligado para todo un mercado. Si a ello se le une la dificultad física para su diseño e implementación y la extraordinaria envergadura financiera que se requiere para desplegarlas, nos encontramos con un monopolio natural, es decir con un mercado en el que la oferta es pacíficamente acaparada por quien dispone del control de la red. La competencia no circula bien y se obstruye en los estrechos canales que forman las grandes infraestructuras en red, a menos que se adopten enérgicas medidas jurídicas, cuya eficacia no está todavía del todo asentada.”³⁴⁹

Como resultado de tal aseveración, los nuevos campos de desarrollo del servicio público “conllevan la necesidad de realizar grandes inversiones en redes sobre las que prestar los servicios lo que, en virtud de la teoría del monopolio natural, se realizará mucho más eficientemente bajo un régimen de monopolio que en libre competencia. La concesión se configura como la respuesta a dicha necesidad. El concesionario asume por tanto, determinadas obligaciones de servicio público referidas a la extensión de la red y a la prestación de servicios bajo principios de igualdad, continuidad y regularidad. Como contrapunto de este conjunto de obligaciones, exorbitantes de las que resultaran de un régimen de libre competencia, el concesionario iba a reclamar un régimen muy favorable para la recuperación de la inversión: el monopolio.”³⁵⁰

3.2.3 La técnica de publicación como reconocimiento legal de monopolios en materia de servicios públicos. Aplicación de la teoría del prestador único en forma exclusiva en monopolios naturales (duplicación antieconómica de la red y fallas del mercado por situación económica deficitaria de los usuarios que lo componen.)

Como era de esperarse, el aseguramiento de estas conclusiones es el resultado de los análisis efectuados en torno al desmonte tradicional de las teorías clásicas del servicio público. Esto nos permite evidenciar, en la presente investigación, cómo el contrato de concesión de servicio público tiene una doble connotación. Una, en la tradicional teoría del servicio público y otra, en el nuevo régimen de

³⁴⁹ Ibídem pág. 41

³⁵⁰ Ibídem pág. 291

liberalización. Lo cierto es que la necesidad y la realidad económica la erigen hoy como una auténtica técnica de prestación de los servicios públicos, basados en razones estrictamente de funcionamiento de los mercados.

De manera indiferente y sin importar la razón que da lugar al nacimiento de un monopolio natural, su simple aparición ha permitido desarrollar un tratamiento diferenciador, un sostenido reconocimiento jurídico que lo convierte en una excepción en la forma de prestar el servicio público en un nuevo régimen que vela celosamente por la competencia. Este reconocimiento de su existencia ha permitido desarrollar una valiosa teoría jurídica que en esta investigación de nominaremos la teoría del prestador único en régimen de exclusiva y que a todas luces su surgimiento es una consecuencia clara de los cambios institucionales que en esta ocasión posicional al contrato de concesión de servicio público en un régimen excepcional para la prestación del servicio público, es decir solo cuando el régimen competitivo no pueda aplicarse.

Uno de los más ilustrativos ejemplos a este respecto se dio en la constitución Española de 1978 en el Artículo 128.2, segundo párrafo, que expresó “que mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en el caso de monopolio”.³⁵¹ De lo anterior se desprenden dos situaciones fundamentales: I) la posibilidad de establecer y declarar actividades como de servicio público sin que ello conlleve la exclusividad o titularidad del ejercicio de esa actividad por parte del Estado, aniquilando de plano el concepto de *publicatio* de la teoría del servicio público en ese contexto específico y II) la reserva de actividades comprensivas de servicios públicos estableciendo una titularidad a favor del Estado al mejor estilo de la técnica del *publicatio*, pero solo y especialmente en la ocurrencia del monopolio como fenómeno económico. Ante la ocurrencia del fenómeno que se describe, ha señalado la doctrina que, en esta especial condición de prestación del servicio público, la participación de los empresarios privados se da solo “a través de una concesión administrativa o mediante una colaboración con la administración”.³⁵²

Colombia, heredera de esta tradición constitucional, quiso plasmar en el Artículo 365 la misma técnica de publicación en los siguientes términos: Art 365 C.P “En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado mediante ley

³⁵¹ Constitución Española de 1978, Artículo 128 núm. 2.

³⁵² TRONCOSO REIGADA Antonio. “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público en revista Española de derecho constitucional. Centro de estudios políticos y constitucionales.” Año 19, Madrid 1999 Pág. 101.

aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”³⁵³.

Tal como se puede evidenciar, el artículo en cita abre la posibilidad para que al mejor estilo del derecho constitucional Español, se efectúen eventuales procesos de publicación. De todas maneras advertimos que de la redacción del artículo colombiano no se puede colegir, como si ocurre en la Constitución española, una relación entre *publicatio* y monopolio, quedando una absoluta incertidumbre sobre la manera como operaría la declaración o *publicatio* sobre actividades que en servicios públicos constituyen monopolios. Estas consideraciones incluso han sido admitidas por la propia doctrina científica, que frente a la subsistencia de eventuales procesos de publicación solo ha comentado que “la misma Constitución, en el inciso segundo del artículo 365, le da la facultad constitucional al Congreso de la República, a iniciativa del gobierno, para reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior significa que estas actividades no están en principio reservadas al Estado sino que es necesaria una decisión del Congreso de la República para someter a reserva estatal el servicio público.”³⁵⁴

En contraposición a la falta de desarrollo de nuestra disposición constitucional, la doctrina española, en relación al Artículo 128.2 y con miras a precisar su alcance y uso, ha manifestado que “la administración puede desarrollar una actividad de prestación de los servicios esenciales, reservándose en exclusiva su titularidad y desarrollándola, bien directamente por medio de una empresa pública, bien por medio de particulares, en régimen de monopolio o a través de más de un concesionario del servicio o mediante otras fórmulas como la empresa mixta o la gestión interesada.”³⁵⁵

Queda entonces así plasmada la consecuencia lógica de la declaratoria de *publicatio* de un servicio público, como es la aplicabilidad del contrato de concesión de servicio público o concesión administrativa, así: “la declaración por ley de un servicio esencial, aunque admita la intervención de los particulares mediante concesión administrativa, crea siempre, de alguna manera, un

³⁵³ C.P Artículo 365.

³⁵⁴ MORENO Ferney Luis. “*Servicios públicos domiciliarios perspectivas del derecho económico.*” Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2001 Pág. 69

³⁵⁵ TRONCOSO REIGADA Antonio “*Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público, centro de estudios políticos y constitucionales.*” Madrid 1999 año 19 Pág. 103.

monopolio del Estado, ya que a éste le corresponde la decisión de si habrá concesionarios, cuáles y cuántos.”³⁵⁶ Estas apreciaciones nos permitirán efectuar un primer análisis de las estructuras monopólicas y su relación con la concesión de servicio público.

Sin embargo es necesario aclarar que esta no es una regla imperativa de carácter general y toma las particularidades propias que cada país quiera otorgar en el desarrollo de su propio régimen de prestación de servicio público de libre competencia. Para ello basta citar las condiciones propias de desenvolvimiento de algunos servicios públicos en el caso colombiano, donde, a modo de ejemplo, en el caso eléctrico las concesiones en la práctica no existen precisamente por qué la infraestructura era de las empresas oficiales, propiedad que cuando se han vendido las acciones a particulares, siguen siendo de las empresas. En Aseo, los concesionarios son propietarios de los carros de recolección y transporte. En Gas Natural, los concesionarios construyen las redes y son sus propietarios. En Acueducto prácticamente no hay concesiones (podría haberlas con las mismas reglas de Gas Natural) precisamente porque la infraestructura sigue siendo de propiedad Municipal o de empresas oficiales de ese nivel y, por eso, la modalidad más usada es un contrato de Operación, como ocurre en electricidad en el Chocó: el contratista opera las redes en este caso propiedad oficial nacional.

De todas formas, la subsistencia de un monopolio implica la aceptación de la supresión en determinados ámbitos de la libertad de empresa de los particulares. Pese a los esfuerzos por equiparar las nociones heredadas del servicio público español que se hacen patentes en la constitución de 1991, como emulación del régimen previsto en la constitución española de 1978, hoy con sorpresa se puede observar en España que el concepto de servicio público se ve restringido única y exclusivamente a las actividades que por virtud de la técnica constitucional comentada resultan ser objeto de publicación. Así lo ha venido predicando el tribunal constitucional español, quien “ha definido el servicio público como una forma de organización de la prestación de actividades, que reserva a las administraciones públicas su titularidad o su control, y que impiden su ejercicio por empresas privadas o particulares si no es mediante una habilitación específica de la administración, otorgada a través de concesión administrativa. Por tanto, el concepto jurídico de servicio público hace referencia a una actividad cuya titularidad se reserva el Estado en exclusiva, aunque pueda gestionarlo, bien directamente o bien indirectamente, a través de particulares que disfruten de una concesión administrativa”³⁵⁷

³⁵⁶ Ibídem Pág. 103.

³⁵⁷ Ibidem Pág. 102.

Este criterio, como se pudo explicar en su momento, no es acogido por el derecho Colombiano que acogía parámetros distintos para llegar a considerar una actividad como servicio público, entre ellos el nivel de comprometimiento del interés general que conlleva la ejecución de la actividad, aunque mayoritariamente se encuentre en manos de particulares como ocurre en Colombia con el sector financiero. Pese a esta distinción del derecho Español, la declaratoria de servicio público se hace si la necesidad lo amerita sin ningún tipo de miramiento o condición, y se tienen en cuenta los criterios del legislador para tales fines, mas no el tipo de actividad que es realizada a esta calificación, constituyendo una teoría nueva y general para la prestación de los servicios públicos que en Colombia en este análisis se entenderá solamente comparable con los servicios públicos domiciliarios.

Afortunadamente esta definición aportada por el tribunal constitucional Español no ha sido bien recepcionada por cierto sector de la doctrina, que ha establecido que las actividades que los particulares realizan en régimen de competencia donde la administración no interviene de manera directa, sino externamente a través de mecanismos regulatorios, puede igualmente ser considerado como servicio público. Las afirmaciones que le dan valor a la anterior tesis han sido plasmados por la doctrina en los siguientes términos: “el servicio público no se refiere tanto a una actividad de titularidad pública o de la prestación de un servicio por los poderes públicos, sino a la obligación de la administración de establecer un marco jurídico de una actividad que se considera de interés general para su desarrollo por los particulares”³⁵⁸

Ahora si bien hemos llegado a descubrir las razones económicas que permiten justificar la utilización del contrato de concesión en un régimen de servicio público que opta por la libre entrada, igualmente se pueden advertir particularidades de esta excepción vigente incluso en el más elaborado derecho comunitario, donde se permite a los estados miembros restringir la libre prestación de servicios. Esto con el fin de “reconocer la existencia de legítimas políticas propias de los Estados en su concepción del estado de bienestar o la función distribuidora y garantizadora de los servicios públicos.”³⁵⁹ En este marco de identificación, el derecho comunitario permite a los países miembros establecer excepciones al régimen de libre entrada y libre prestación de servicios como principios condicionales del régimen jurídico comunitario. Tal como se profundizará más adelante, las razones para el uso de esta autorización están restringidas a verdaderas situaciones

³⁵⁸ *Ibidem* Pág. 143.

³⁵⁹ DE LA QUADRA SALCEDO Tomas. “*Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público constitución económica Europea.*” Centro de estudios constitucionales, Madrid 1995, Pág. 99.

razonables que justifican la no aplicabilidad de los principios rectores sobre los cuales descansa la misma integración.

Estas excepciones a la libre prestación de servicios en el derecho comunitario están contenidas en el artículo 56 del tratado de Roma, estableciendo para ese régimen exceptivo unos límites muy específicos que justifican su aplicación. Ellos son salud, seguridad y orden público, esto quiere decir que se dará paso al empleo mismo del régimen de excepcionalidad en todos aquellos eventos donde al estructurar la prestación de servicios públicos con libre concurrencia de operadores en franca competencia económica, se ponga claramente en peligro la salud, la seguridad o el orden público.

Es de anotar que las bases argumentativas en las que se sustenta la negativa por parte de los Estados miembros de producir una apertura del mercado, garantizada mediante la libre concurrencia de prestadores, deben justificarse razonable y proporcionalmente. Es por ello que el derecho comunitario ha venido elaborando con detenimiento la doctrina de las exigencias esenciales, que ha sido la doctrina que ha permitido justificar una excepción a componentes y principios medulares del tratado de Roma, como el que propugna el objetivo de lograr una real y no formal igualdad de trato. En cuanto a la operatividad de la doctrina se debe recordar que ella está contenida plenamente en el derecho comunitario y que establece los motivos que generan o justifican la restricción, pero que finalmente serán los Estados parte del tratado de Roma los que efectuarán su aplicación en determinado sector económico o sector de servicios. De esta manera, el derecho comunitario reconoce la existencia de una doctrina sobre la cual se encuentra sustentada la admisibilidad de toda decisión estatal de conceder derechos especiales o exclusivos; recordemos que este reconocimiento es la base fundamental para la operatividad del contrato de concesión de servicio público.

En cuanto a la comprensión de las mismas causales que sustentan el mencionado régimen de excepción tales como salud, seguridad y orden público, se puede apreciar que éstas en sí mismas ofrecen un sinnúmero de posibilidades, pues los conceptos allí utilizados en un plano práctico pueden ser indeterminados. Esto que ha generado que el grado de discrecionalidad en la apreciación e interpretación de los Estados sea sustancialmente considerable, discrecionalidad que ha venido siendo encausada por el mismo Tribunal Europeo de Justicia. A modo de ejemplo puede comentarse que la labor del tribunal en este aspecto se ha desarrollado en relación a la correcta interpretación de las causales genéricas sobre las cuales y a modo de integración se han incorporado diversas situaciones, que al leer y entender del tribunal puede razonablemente aplicarse se encuentran incorporadas a las causales estipuladas en el tratado de Roma.

Uno de estos casos de incorporación se ha dado a la misma protección de los consumidores, como uno de los supuestos de legítima restricción de la prestación de servicios. “Ese límite tiene sentido para verificar que las regulaciones indistintas de determinados servicios abiertos a todos no restrinjan injustificadamente las procedentes de ciudadanos de otros Estados miembros”.³⁶⁰ Por ende es esta vía, la de una activa construcción jurisprudencial del tribunal, la que ha permitido articular y modular la asimilación de la doctrina de las exigencias esenciales.

Esta activa participación del tribunal en el perfeccionamiento de la doctrina de las exigencias esenciales, como método de reducción de la discrecionalidad, ha servido para que los autores más especializados en el tema hayan expresado que “ya no habría que atender a las razones de política económica o redistributiva o a razones de pura concepción política para entender legitimada la opción en favor de la concesión de derechos exclusivos que la declaración de una actividad como servicio público implica; sino que se hace preciso aplicar al hecho mismo de la concesión de los derechos exclusivos los criterios de la doctrina de las exigencias esenciales o de la salud y la seguridad pública”.³⁶¹

Tal como lo mencionamos, el derecho comunitario expresa vivamente una realidad incontrovertible: la subsistencia de derechos exclusivos de los cuales se deriva la utilización del contrato de concesión como técnica de prestación de servicios públicos. Debido a estas realidades y tal como lo pudimos advertir en su momento, el derecho comunitario adopta férreas posiciones a través de un régimen de la competencia para regular los casos en que el fenómeno del otorgamiento de derechos exclusivos se presente. Uno de estos casos frecuentes tiene ocurrencia cuando existe un solo titular de la red como en las redes de telecomunicaciones, dando lugar a que en la práctica se dé una verdadera configuración de monopolios. Para entender mejor esta situación se debe mencionar que no existe en el derecho comunitario una prohibición expresa para la existencia de prestadores que tengan exclusividad sobre la red. Esta situación ha llevado a considerar que la concesión de derechos exclusivos a quien ya tiene la titularidad de la red supone un reforzamiento de la previa posición de dominio que otorga la exclusividad.(monopolio que surge por razones de la duplicidad antieconómica de la red.)

Esta especial situación, es decir la exclusividad de determinado prestador sobre la red, es la que obliga al derecho comunitario de la competencia a prohibir la concesión de derechos especiales o exclusivos en materia de servicios de

³⁶⁰ Ibidem Pág. 102.

³⁶¹ Ibidem Pág. 103.

telecomunicaciones, pues se considera que el otorgamiento de la concesión a operadores con exclusividad sobre la red se constituye en el origen de múltiples conductas abusivas. Así lo señaló el Art. 86 del tratado de Roma, cuando considera que un modelo de concesión en estas condiciones se convertiría en una exclusión o limitación de acceso al mercado de otros competidores con la consiguiente restricción de la libertad de elección de los usuarios, lo que traería *per se* otra de las limitaciones del tratado contenidas en el Art. 86.b, como lo es limitar el progreso tecnológico en perjuicio de los consumidores.

Al respecto ha podido reaccionar la doctrina sosteniendo que “ésta es pues la primera conducta contraria a las normas de la competencia en la concesión de derechos exclusivos: la limitación de acceso al mercado de otros competidores que puede limitar el progreso tecnológico. Si eso es así, el tratado debió de prohibir directamente los derechos exclusivos, pues habría que reconocer que todo derecho exclusivo excluye a los no beneficiarios de la exclusiva; también podría presumirse que la falta de competencia puede limitar el progreso tecnológico.”³⁶²

Otra de las conductas consideradas como contrarias al derecho de la competencia, y que se derivan del otorgamiento de derechos exclusivos o concesión de servicio público, se presenta cuando existe un operador con exclusividad de la red, que en el caso de telecomunicaciones que es nuestro ejemplo propuesto es la aceptación y utilización de servicios no demandados y solicitados, práctica que era realmente muy frecuente en los países en los cuales existía monopolio de las telecomunicaciones y que en era objeto de constatación en situaciones que tuvieran relación con terminales(mantenimiento y conexión). Frente a este caso particular es menester mencionar que la solución a este tipo de prácticas se puede dar sin que se presente una enfática prohibición al otorgamiento de derechos exclusivos.

No obstante, frente al eventual repunte o incompatibilidad que puede surgir entre un moderno derecho comunitario de la competencia y el clásico contrato de concesión, la doctrina ha sido consciente de actualizar las posiciones ideológicas

³⁶² *Ibíd*em Pág. 105: “frente a la limitación del progreso tecnológico en el otorgamiento de derechos exclusivos ha comentado el Profesor Thomas de la Quadra que esa puede ser la concepción propia de un modelo ultra liberal, no aséptico desde el punto de vista de los valores, que se sostiene que solo el mercado garantiza el progreso; si eso fuera así, lo que no se explicaría es como el tratado permite la concesión de derechos especiales o exclusivos, pues ese efecto de suprimir la competencia con todas sus consecuencias se producirá siempre y cuando se otorgan exclusivas. Sin embargo habría que recordar que en le ámbito de los servicios públicos se reconoce como una de sus características la cláusula de progreso, que obliga al concesionario a adaptarse tecnológicamente a las novedades que redunden en el mejor servicio al ciudadano significa ello que en ausencia de competencia si hay solución para el progreso.

que justifican su existencia, tratando de conciliar su aplicación con las fuertes restricciones anti monopólicas propuestas por el derecho de la competencia. Por tal motivo y en una posición de avanzada se ha dicho que: “La concesión de un derecho exclusivo otorga a su beneficiario ciertamente una posición de dominio, pero es una posición legítima, que no puede ser confundida con el abuso que de la misma pueda hacer directamente la empresa beneficiaria, ni tampoco puede ser confundida con actos independientes del acto de concesión que puedan imponer una actuación abusiva”.³⁶³ En estos eventos se debe mencionar que el derecho de la competencia no reacciona caprichosamente a la concesión por sí misma, sino que reacciona como defensa de los derechos de los consumidores en relación con una posición dominante que puede darse en el propio juego de las fuerzas del mercado, ya sea porque se ha obtenido lícitamente compitiendo en el mercado con mayor eficiencia, desplazando económicamente a los demás competidores, o por la concesión legal de derechos exclusivos. En consecuencia, las posiciones de dominio no se suprimen si no que se prohíben los abusos que de la misma puedan hacerse.

Otra situación que da lugar a la aplicación de la teoría del prestador único en régimen de exclusiva, se da en el ámbito propio de la comunidad Europea con el servicio de correos, que si bien no es objeto de nuestra investigación, muestra con gran claridad la aplicación de la teoría del prestador único en régimen de exclusiva cuando algunos segmento del mercado a atender presentan deficiencias como consecuencia de la baja capacidad económica de los usuarios que allí convergen. Este servicio fue afectado en todos los países miembros bajo la categoría de interés general propios del servicio público, por la necesidad que existía de organizar un servicio de correos con cobertura universal sobre todo el territorio, con precios semejantes con independencia del lugar en que se encuentre la persona remitente o receptora del servicio.

Desde esta óptica de su mismo funcionamiento y dinámica, no existen dudas en cuanto a la necesidad existente de la intervención del Estado en su prestación, ya bien sea de manera directa o a través de la utilización de la concesión de servicio público. Pese a esta realidad y dinámica de funcionamiento, surgieron dudas en la comunidad Europea en cuanto a la posibilidad de producir la liberalización de lo que se denominaron servicios próximos; algunos incluso en el auge de la discusión llegaron a plantear que ese servicio próximo no era otra cosa que la liberalización de parte del servicio de correos, pues se plantearon variaciones directas en su prestación como es el “de un correo rápido y personalizado (que

³⁶³ *Ibidem* Pág. 107.

recoge los envíos a domicilio, que lo hace con rapidez, que permite cambiar sobre la marcha el destino de los envíos, etc.).”³⁶⁴

Este servicio próximo en realidad es el que debe ser liberalizado, permitiendo a los particulares su prestación bajo la técnica de libre entrada con la configuración de un mercado competitivo con libre concurrencia de prestadores, manteniendo el monopolio estatal sobre todo el servicio básico, pues, como se sostuvo, éste no ofrece dudas de que puede estar reservado en exclusiva al Estado o a una empresa en virtud de concesión, por las razones de interés general que se ponen de manifiesto. Sin embargo, al emprender la discusión sobre la liberalización y puesta en funcionamiento del servicio próximo por operadores privados, se planteó la posibilidad de que el servicio básico resultara afectado en cuanto a su viabilidad financiera, siendo útil en este evento producir una reserva por parte de los Estados del servicio próximo en el evento en que la puesta en práctica del servicio próximo afecte la viabilidad financiera del básico. No obstante, esta reserva no puede ser *a priori* y sin condiciones y es precisamente esta discusión donde el Tribunal de Justicia Europea ha establecido su posición jurisprudencial para controlar los motivos de fondo de la concesión de derechos exclusivos o especiales, diciendo que “el tribunal tiene que entrar seriamente a verificar con criterios objetivos los distintos supuestos de concesión de derechos singulares. Eso le obliga a ponerse en el lugar en la apreciación de las necesidades a que puede responder la concesión de derechos especiales o exclusivos.”³⁶⁵

En el estudio de caso que se ha puesto a consideración el tribunal, en un juicioso estudio manifiesta el imperativo del interés general como razón fundante de la concesión, ya que este debe estar lo suficientemente justificado como para restringir la libre concurrencia de prestadores en el servicio de correo: “encuentra esta misión en el hecho de encargar a una empresa de la recogida, transporte y distribución de correo en beneficio de todos los usuarios, sobre el conjunto del territorio del Estado afectado, con tarifas uniformes y condiciones de calidad similares, sin acepción de las situaciones particulares o del grado de rentabilidad económica de cada operación individual”³⁶⁶(monopolio natural que se forma como consecuencia de la situación económica de determinados usuarios en ciertas áreas.)

En esencia, es de reconocer en estas situaciones la existencia de un espacio legítimo para la utilización del contrato de concesión de servicio público,

³⁶⁴ *Ibidem* Pág. 135.

³⁶⁵ *Ibidem* Pág.136.

³⁶⁶ *Ibidem* Pág. 138.

condicionando directamente por razones de interés general y de equilibrio financiero en aquellos eventos en donde la libre concurrencia ponga en duda la rentabilidad que se derive de la prestación. Estas cuestiones de equilibrio financiero han jugado incluso a favor de la declaración de una actividad como de exclusividad del Estado y en favor de un concesionario prestador de servicio público en forma exclusiva, pues se ha planteado un “sistema de compensación entre sectores de actividad rentable y no rentables o menos rentables; y el tribunal encuentra justificado que no se permita la concurrencia libre en sectores rentables de su elección a operadores particulares que provocarían lo que se ha dado en llamar el descreme, esto es, la actuación en los sectores rentables dejando al concesionario del servicio oficial desprovisto de los recursos que en esos ámbitos le permitan compensar las pérdidas que tenía que soportar por cubrir un servicio universal con sectores no rentables o menos rentables”³⁶⁷

Estos problemas de sostenibilidad financiera de actividades de servicio público, que son finalmente susceptibles de afectarse como monopolio estatal y consecuentemente de ser declarados como susceptibles de derechos especiales y exclusivos por medio de concesión, la mayoría de sus veces por su baja rentabilidad se encuentran sujetas a subsidios o subvenciones por parte del Estado. Esto prueba con más veras ante el Tribunal de Justicia Europea que la actividad desarrollada en estas condiciones de baja rentabilidad debe ser prestada con esta técnica concesional.

En este sentido el subsidio o la subvención en el marco del derecho comunitario se convierten en una técnica de identificación de la necesidad de efectuar una exclusividad por parte del Estado para la prestación del servicio. Sintetizando lo aquí expuesto, se puede señalar que los Estados gozan de un cierto nivel de discrecionalidad para declarar actividades como de exclusividad en cuanto a su prestación por parte de los mismos entes públicos, siguiendo una serie de parámetros que permitan considerar razonablemente esta declaración. Éste a todas luces es un procedimiento que de alguna manera tiene un tinte político, pero este procedimiento no se detiene allí, ya que en esta técnica de publicación la comunidad Europea ejerce un control posterior, “correspondiéndole verificar que efectivamente la extensión del monopolio o de la concesión en terminología del tratado, de derechos especiales o exclusivos responde a una estricta necesidad de preservar la misión pública que le ha sido confiada a la empresa beneficiaria de los derechos singulares; también verificar que, efectivamente, la misión confiada es una misión de interés económico general”³⁶⁸

³⁶⁷ Ibidem Pág. 139.

³⁶⁸ Ibidem Pág. 139

Para concluir frente al caso propuesto de los servicios conexos frente al servicio básico de correo, se señaló que cualquier limitación a la participación del sector privado en la prestación del servicio debe sustentarse en la seguridad, el orden público, la salud y el interés general por razón del equilibrio financiero del servicio básico confiado. Como se puede evidenciar, el interés general está íntimamente ligado a razones de orden económico en la declaratoria de monopolio de una actividad de servicio público.

En consecuencia encontramos que el marco de aplicabilidad del contrato de concesión de servicio público en el discurso de la liberalización se da como una excepción a la regla general, pues se prescinde en esta situación concreta de entregar a los particulares, según la reglas del mercado, determinados servicios por existir alguna razón de interés público, que así lo justifica de esta manera: “se prohíbe la libre actividad en el campo del correo porque no puede dejarse que esa actividad cubra solo las partes rentables del servicio, impidiendo –mediante el descreme- la existencia de un servicio universal que garantice la cobertura de todo el territorio; o que garantice precios similares con indiferencia respecto al coste real del servicio por razón de la localización del usuario del mismo. Lo mismo puede decirse en el campo de las telecomunicaciones y ha sido dicho por cierto, por los órganos comunitarios en numerosas ocasiones desde el libro verde de las telecomunicaciones de 1987”.³⁶⁹

Así quedan pues sintetizadas las razones de interés general que sustenta la intervención del estado en la prestación del servicio. De este modo puede concluirse la fortaleza de la teoría del prestador único en régimen de exclusividad en las dos situaciones que se vienen contemplando y que dan nacimiento al monopolio natural, es decir la duplicidad antieconómica de la red y las fallas del mercado por la situación económica deficitaria de los usuarios que lo componen. Queda claro que solo estas razones de interés general son las que pueden dar lugar a la aplicación de la excepción constituida por el mismo otorgamiento de derechos exclusivos mediante el contrato de concesión. Esto por lo menos en el marco del derecho comunitario, porque después se analizarán otros eventos más palpables que dan lugar a esta declaratoria concesional. Por ahora y en este contexto, si esa prerrogativa de los Estados de alguna manera llega a ser utilizada para obtener ventajas de carácter económico que beneficien a un prestador exclusivo, se estaría desconociendo la misma filosofía del tratado de Roma con consecuencias indeseables como la misma inaplicación de las normas de la competencia.

³⁶⁹ *Ibidem* Pág. 144

Por ello “pretender deducir con exactitud matemática en qué casos procede la concesión y en cuáles no, en función del exacto cumplimiento de unos cánones difíciles de precisar, supone arrojar en las espaldas del derecho una misión casi imposible. Es decir, el derecho puede establecer unos límites dentro de los cuales puede moverse el órgano político que sea competente - el legislativo o el ejecutivo - pero no puede agotar toda la sustancia política de una decisión que tiene un importante componente discrecional y fundada además en criterios de ponderación de valores de oportunidad y realización del Estado de bienestar susceptibles de múltiples lecturas”³⁷⁰

3.2.4 Algunas razones que desde la perspectiva de los Estados y del tribunal de la competencia europea suscitan resistencia a los procesos de liberalización con una correlativa exaltación de la fórmula concesional.

Según se vio, el afianzamiento de la liberalización como regla general para la prestación de servicios públicos es uno de los objetivos del tratado de Roma. Esta tendencia se ve beneficiada de manera considerable por los avances tecnológicos implementados en la prestación de servicios públicos al punto que “la experiencia obtenida en los procesos de liberalización así como las transformaciones económicas del sector de servicios con tecnología de red demuestran que muchas actividades de transporte, telecomunicaciones, así como la generación de electricidad ya no tienen los rasgos distintivos de los monopolios tradicionales”.³⁷¹

Esto ha facilitado ejercer amplios procesos de liberalización en servicios que no constituyen un monopolio natural, pero, muy a pesar del afianzamiento de esta tendencia, se han llegado a establecer serias críticas a este fenómeno económico cuando existen, como lo señalamos, serias dudas sobre la rentabilidad del mercado. Estos reparos, efectuados por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1993, constituyen un valiosísimo antecedente, especialmente cuando se produce la liberalización de monopolios sobre las redes. Al tenor de lo expresado por el tribunal, vale la pena mencionar que “una de las principales objeciones a la introducción de competencia en los servicios con monopolio sobre las redes consiste en objetar que impedirá el cumplimiento por los servicios liberalizados de los objetivos sociales y de las obligaciones de servicio público”³⁷²

Creemos que el ámbito al cual se circunscribe la crítica del tribunal de la competencia es el de los denominados monopolios naturales, donde por lo menos con intensidad en Europa “las compañías públicas o privadas con concesiones y derechos de exclusiva para la prestación de suministros energéticos o de servicios de telecomunicaciones y transportes han desarrollado estructuras tarifarias

³⁷⁰ Ibídem Pág. 149.

³⁷¹ DE LA CRUZ FERRER Juan. *“La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico”*. Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág. 71.

³⁷² Ibidem Pág. 69.

basadas en la igualdad para grandes grupos de consumidores o usuarios, con independencia del menor (zonas urbanas, zonas de mayor tráfico) o mayor corte (zonas rurales, o de menor tráfico, distancia de la red de conexión)”³⁷³

Por tal razón la concesión, como modelo de operación del servicio público en condiciones donde se presenta una dificultad en la capacidad de pago de algunos usuarios, ha permitido desarrollar una cobertura universal con igualdad de tarifas cobradas a determinados grupos de consumo y una significativa disminución de tarifas cobradas a los consumidores que convenía beneficiar por medio del empleo de un sistema de subsidios cruzados. Un modelo de cobertura universal desarrollado a través del monopolio estatal o del otorgamiento de derechos de exclusiva mediante el contrato de concesión, durante mucho tiempo, fue visto como un modelo consistente para la prestación del servicio público, al punto de pensarse con preocupación, en países como Francia, que su desmonte daría lugar a la entrada de nuevos operadores interesados única y exclusivamente en desarrollar sus actividades en zonas rentables del mercado (operación de desceme), poniendo en peligro una de los grandes virtudes del sistema de concesiones, que está radicado en un afianzado equilibrio financiero de la cobertura universal. Bajo la visión del profesor español Juan de la Cruz Ferrer, “los planteamientos que acaban de exponerse han estado vigentes durante el presente siglo, justificando el desarrollo de un modelo de servicios públicos con derechos de exclusiva, cuyos monopolios se juzgaban imprescindibles para mantener unas prestaciones y precios iguales para todos los usuarios. El propio tratado de la comunidad Europea, en su Art. 90.2, somete a las empresas prestadoras de servicios públicos a las normas del tratado sobre la competencia, aunque contempla la posible excepción de la aplicación de estas normas sobre la competencia, cuando la aplicación de dichas normas impida el cumplimiento de su misión específica”³⁷⁴

Esta subsistencia de modelos de prestación del servicio público (liberalización y otorgamiento de derechos de exclusiva), han propiciado grandes discusiones en la Unión Europea dentro del proceso de desarrollo del mercado interior y especialmente en las deliberaciones que se suscitaron en la elaboración de las directivas sobre la electricidad y el gas. Allí se pudo llegar a una clara identificación de dos bandos con posturas ideológicas distintas: el primer bando encabezado por Francia, sostiene que es necesario mantener la planificación centralizada y los derechos de exclusiva como medio que garantiza de manera comprobada el cumplimiento de los fines esenciales del servicio público como la

³⁷³ *Ibíd*em Pág. 79.

³⁷⁴ *Ibíd*em Pág. 80

cobertura universal y la accesibilidad al servicio por parte de los usuarios, y la otra postura asumida por un grupo de países dirigidos por el Reino Unido quienes consideraron que la introducción progresiva de la competencia no impide el cumplimiento de dichos fines. “De ahí que la única forma de conseguir la aprobación de la directiva sobre el mercado interior de la electricidad en Diciembre de 1996 haya sido admitir la coexistencia de dos sistemas: el de comprador único y el de libertad de acceso de terceros a las redes” ³⁷⁵

Muy a pesar entonces de la nitidez de la discusión y la evidente necesidad que surge de mantener la técnica concesional ante las dificultades reinantes que se presenten en algunos mercados donde la implementación de la competencia se haga verdaderamente inconveniente, la experiencia a través de los años ha venido demostrando en la Comunidad Europea que el desarrollo de un mercado interior estructurado bajo la introducción de la competencia no impide la consecución de objetivos sociales (seguridad, salubridad, universalidad del servicio, protección del medio ambiente), ni de los mismos fines de servicio público. Estas afirmaciones pueden sustentarse en la experiencia acumulada por los países de la comunidad que ya han liberalizado determinados servicios como las telecomunicaciones, transporte o energía, donde el establecimiento de la competencia ha permitido una mayor extensión, variedad y mejor costo de las prestaciones.

En conclusión puede señalarse que la subsistencia del contrato de concesión se da en circunstancias fundamentales de orden económico, especialmente en la ocurrencia de monopolios naturales, considerados como una verdadera falla del mercado y que en materia de servicios públicos se ha justificado en servicios con tecnología de redes (energía, comunicaciones, suministro de agua, gas, etc.), ya que desde el punto de vista económico y de inversión la duplicación de las redes de abastecimiento sería antieconómica.

Apelando a consideraciones eminentemente técnicas, la doctrina económica ha sostenido que el monopolio natural se presenta y se debe regular “cuando toda la demanda dentro de un mercado relevante puede satisfacerse al costo más bajo posible por una empresa en lugar de dos o más, cualquier que sea el número de empresas dentro del mismo; la respuesta de la regulación económica al monopolio natural ha sido otorgando derechos de exclusiva a compañías públicas y privadas, planificando y determinando sus condiciones de producción y prestación del servicio.”³⁷⁶

³⁷⁵ *Ibidem* Pág. 80

³⁷⁶ *Ibidem* Pág. 100.

De lo anterior se deriva, en consecuencia y como nota distintiva del régimen aplicable en el derecho comunitario, que obtendríamos una ostensible preeminencia del derecho de la competencia, pues el desarrollo de toda prestación de servicio público genera la aplicación de esta especial disciplina. No obstante y ya como excepción, “solo cuando la aplicación de estas normas a las empresas que prestan servicios de interés económico general impida de hecho o de derecho el cumplimiento de esta misión de interés general estarán excluido de la competencia”.³⁷⁷ En tal sentido la aplicabilidad del derecho de la competencia comunitaria solo encuentra un límite razonable y es que la competencia impida de hecho o de derecho el desarrollo normal del servicio.

3.2.5 La regulación económica de la red cuando se admiten derechos de propiedad sobre la misma. Del mismo modo es vital reconocer que la concesión de servicio público como medio de prestación del servicio en monopolios naturales que surgen con ocasión de la duplicidad antieconómica de la red, no es más que una alternativa y en eso consistió este ejercicio académico, especialmente en mostrar cómo funciona este sistema, no obstante de manera simultánea se debe reconocer que la concesión de servicio público en este evento es una alternativa más y no un medio único al cual la administración se tenga que ver forzada a elegir en cuanto a su implementación.

Por tal motivo es vital reconocer que existen otros medios también con comprobada utilidad que cumplen estos mismos fines y que a manera de ilustración comentaremos brevemente.

Otro método de administración de monopolios, lo constituye una técnica que se origina y construye gracias a la implantación de nociones de servicio público, que faculta al Estado para una intervención en estos sectores específicos carentes de competencia, no se trata de concesión administrativa, ni de declaración de exclusividad por parte del Estado; incluso esta técnica permite la propiedad privada sobre la red, pero con una intensa regulación económica estatal que incide para que los actores del mercado participen activamente en las actividades competitivas, la regulación en ese caso se dirige al monopolio natural, que es la red, generando las condiciones económicas y jurídicas para que todos los que quieran participar usen la red en igualdad de condiciones, sin que el dueño de la misma pueda influir negativamente con precios altos o arbitrariamente fijados por el , que pongan en peligro la participación en el mercado de todo aquel que quiera hacerlo.

³⁷⁷ TRONCOSO REIGADA Antonio. “Revista Española de derecho constitucional” centro de estudios políticos y constitucionales, año 19 Septiembre- Diciembre, Madrid 1999, Pág. 119

Para ilustrar mejor este aspecto de orden técnico, resulta muy útil poner de ejemplo el servicio de electricidad, que en su fase de distribución de la energía generada por la red eléctrica es un verdadero monopolio natural, pero en cuanto a la actividad de generación, esta es altamente competitiva, al punto que quien quiera generar energía puede hacerlo con absoluta libertad. De tal suerte que quien genere electricidad, gracias a la gestión del monopolio con la técnica en comento, podrá acceder a la red y por ella podrá efectuar el envío de electricidad al sistema eléctrico.

Esencialmente y en gracia de discusión, este es el mismo principio que gobierna la gestión de monopolios naturales vía concesión administrativa, o sea la regulación de la red eléctrica bajo un intenso control del Estado sobre el concesionario que la opera para garantizar las condiciones de acceso al servicio por parte de los generadores de electricidad, solo que en esta última el control estatal se efectuara jurídicamente por medio de técnicas de regulación sin necesidad de intervención de un concesionario. En una y otra técnica de administración de monopolios naturales (concesión o regulación económica de la red), la filosofía que los inspira no es otra que producir la eliminación de barreras de entrada a la red y crear una igualdad de trato para todos los generadores de electricidad, que quieren acceder a ella. Esta es la existencia de varios medios para llegar a un mismo fin.

En cuanto a la regulación económica como técnica el control, esta se manifiesta por medio de los órganos reguladores de orden estatal, quienes ejercerán una continua monitoria sobre la red, pero principalmente de la gestión de quien es su dueño, a quien en todo momento se le instruirá sobre su conducta con el objetivo de crear unas condiciones uniformes que garanticen el derecho de acceso, generalmente esto se logra con la expresa prohibición que efectúe discriminaciones y con la imposición por parte del regulador, de un esquema tarifario que contendrá el precio que podrá cobrar a los generadores a modo de peaje por el uso de la red. Básicamente esta misma situación se duplica en todos aquellos servicios públicos, que económicamente se encuentran estructurados en razón de una red de suministro, que son casi todos los domiciliarios.

Hoy en día esta técnica se considera algo verdaderamente novedoso, pero para ser sinceros cuya fase experimental ha suscitado muchas dudas. A modo de demostración de lo aquí afirmado, la doctrina resume magistralmente las bases de introducción y los postulados de esta técnica comentando que: “El monopolio habrá que aceptarlo y el papel del gobierno es regularlo y esta regulación se fundamenta, en ocasiones en la necesidad de controlar el excesivo poder derivado

de una situación de monopolio natural, sin embargo, los adelantos tecnológicos y la audacia de las políticas neoliberales pretenden superar hoy esa construcción. Haciendo posible el mercado a pesar de los cuellos de botella, al conseguir ensancharlos o hacerlos accesibles a distintos operadores ajenos a la propiedad de la infraestructura.”³⁷⁸

El propósito ante todo viene siendo establecido en estas tareas, por una desintensificación absoluta de la presencia estatal bajo regímenes de exclusividad, para ello la adaptación de la teoría clásica del servicio público resulta ser algo absolutamente indeseado, por quienes defienden una liberalización a ultranza del mercado, a duras penas se acepta la idea y en eso si hay consenso por parte de los actores del mercado, en que el Estado simplemente entre a regular los monopolios naturales sin cuestionar o negar la propiedad privada sobre estos , al respecto la posición anteriormente expuesta puede resumirse de la siguiente forma: “Esos postulados se han cuestionado incluso para el caso de las situaciones naturales de monopolio. Hoy se pretende demostrar que es posible la situación de competencia en los sectores más reacios a la libre pugna empresarial, como son los organizados en red. Las redes unitarias de infraestructura son los cuellos de botella que pueden estrangular la apertura real de ciertos sectores económicos a la competencia.”³⁷⁹

Pero si hasta este punto se ha comentado a grandes rasgos, el cómo funciona esta tendencia de liberalización de monopolios naturales, resulta pertinente ilustrar al lector, por lo menos aquí someramente, que esta técnica por así llamarla se fundamenta básicamente en la intervención estatal a través de la regulación económica, aceptando de pleno derecho como se dijo la propiedad privada sobre la red, que es el principio sobre el cual se fundamenta esta técnica. Por lo demás la situación es muy sencilla, son normas regulatorias que se estructuran esencialmente así: “El ordenamiento impone a los titulares, la obligación de facilitar el acceso o la interconexión de dichas redes a los operadores que lo soliciten, en condiciones no discriminatorias, transparentes proporcionales, basados en criterios de objetividad, y siempre que esté previsto a nivel reglamentario, a cambio del pago de un peaje. La misma exigencia se aplica al uso de las instalaciones en general.”³⁸⁰

³⁷⁸ Ibídem pág. 110

³⁷⁹ Ibídem pág. 110.

³⁸⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA María Yolanda. *“Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red.”* Editorial ciudad Argentina. Buenos Aires 2.003 pág. 516

Pero tal y como se comentó anteriormente, la explicación de su funcionamiento en lo que respecta a esta tesis es algo meramente enunciativo, esta técnica de administración de monopolios naturales, es un tema de amplia difusión y de altísima complejidad técnica que bien podría ameritar la elaboración de todo un tratado.

En este sentido, la misión simplemente consistió en ilustrar al lector y aclarar que existen técnicas paralelas para el manejo de monopolios naturales, que incluso podrían llegar a ser concurrentes en muchos órdenes jurídicos, Y no por que se pueda al mismo tiempo y en una actividad específica hacer uso de la concesión administrativa y de la técnica de la regulación de monopolio natural con propiedad privada de la red, porque resultan ser notoriamente excluyentes, pero el punto es que el Estado podrá decidir en qué casos hace uso alternativo de una y de otra técnica.

De todas maneras esto constituye un hito obligatorio en la delimitación del tema objeto de estudio, pues ante todo es nuestro deber, el estudio de la nuevas tendencias en torno a la concesión administrativa. Por lo pronto y para recuperar el hilo conductor y encausarnos en los temas propios de la concesión administrativa, es menester expresar que tanto la teoría económica como el derecho administrativo, guardan hoy cierta resistencia a una liberalización absoluta de los monopolios naturales, expresando una inconformidad en el hecho de que tan delicadas coyunturas económicas de los servicios públicos (hoy actividades económicas de interés general), queden en manos de los particulares en pleno reconocimiento de la propiedad privada sobre la red.

Esta continúa preocupación se ha hecho palpable, cuando la doctrina especializada comenta: “Ahora, ¿Qué pasa si de repente estas empresas públicas se convierten en privadas?, Los economistas postulan, con derecho, que sus nuevos propietarios capitalistas impondrán precios de monopolio perjudiciales para el público. El monopolio natural si es privado entraña el fracaso estructural del mercado (estructural market failure). Bajo la forma de precios más elevados que los que se darían en condiciones de concurrencia.”³⁸¹

Hoy el debate es muy intenso y los gobiernos que emiten valoraciones y opiniones en torno a la conveniencia de aplicar una y otra técnica, no encuentran en esta elección una cuestión pacífica; se está en un momento de intensa experimentación, donde la administración se encuentra autorizada para intervenir

³⁸¹ GEORGE Susan. “La privatización o la gran feria en “La encrucijada del neoliberalismo.” Iepala editorial. Madrid 2.000, pág. 350

en estos temas, por la regulación de los mercados, competencia que le es impuesta por la naturaleza de sus nuevos roles y donde será solo la decisión política o de gobierno, la encargada de dilucidar el método que se debe emplear para la correcta y más conveniente administración de monopolios naturales en actividades concretas, que hacen parte de cada servicio público.

En esta discusión, si puede anticiparse que esta decisión es una de las más debatidas en el derecho administrativo contemporáneo, donde la administración y el sector privado se encuentran a la espera, que la constante implementación de uno y otro modelo en un continuo devenir de la práctica administrativa, bien de la gestión del contrato estatal o bien sea por medio de la técnica de regulación, terminen por definir la conveniencia o inconveniencia de uno u otro modelo, sus ventajas y desventajas, o quizás muy seguramente la prevalencia de una posición ecléctica, hoy tan de moda, que otorgue a la administración un margen de actuación para emplear una y otra técnica según sea lo más conveniente en determinado asunto.

Si bien resulta muy prematuro tomar una posición única avalando una y otra postura, para esta investigación resulta más apropiado dar relevancia a la aplicación de la concesión administrativa, hoy con amplia vigencia y precisamente por esa razón y para mostrar la actualidad de esta técnica se asumirá como propia la siguiente posición doctrinal: “Se puede defender que en los sectores de red la mejor manera de que las infraestructuras básicas estén efectivamente abiertas al servicio del sistema, sin ahogar la competencia, consiste en su propiedad pública y en su gestión imparcial o neutral por una sociedad pública o por un ente dependiente de la administración, cuyo único criterio de acción sea por tanto el servicio objetivo al interés general según lo establece el artículo 103.1 CE.

El control público directo del cuello de botella, ya que la administración carece de intereses propios y personales, lo que permite garantizar la independencia e imparcialidad en el acceso a las instalaciones, así como la extensión de las redes según las necesidades colectivas y no la pura rentabilidad.”³⁸²

³⁸² CABALLERO SÁNCHEZ Rafael. *“infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos.”* Instituto nacional de administración pública. Madrid 2.003. pág. 374-375.

4. CONCLUSIONES

1. De la manera descrita en la tesis, se pudo identificar que la prestación misma de los servicios públicos domiciliarios es una actividad económica que está sujeta a fenómenos inherentes a la conducta humana y para ello, más que buscar los habituales argumentos jurídicos que sirven para explicar el colapso ideológico de la teoría de servicio público, fue necesario emprender una reflexión mucho más profunda amparada en nuevas metodologías como el análisis económico del derecho. Disciplina que en verdad pudo aportar elementos nuevos, nunca antes aplicados a la teoría moderna del servicio público. Por esta razón y gracias a una adecuada y revolucionaria dirección en el enfoque económico, se pudo concebir aspectos teóricos nuevos y relevantes en la comprensión del fenómeno económico que gira en torno a la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Desde este punto de vista la estructura metodológica se afianzo hacia una concepción eminentemente interdisciplinaria, permitiendo, efectuar una ruptura radical en cuanto a la manera y la óptica tradicionales sobre las cuales se venía abordando el tema del cambio económico producido en la estructura de prestación de los servicios públicos domiciliarios. Por ende si bien, son conocidos los postulados del funcionamiento de la economía de mercado, pocos habían resultado los estudios en las facultades de derecho en el país, que lograran ajustar la adaptación de estos postulados económicos a la estructura de prestación de los servicios públicos domiciliarios y es precisamente en esto que resulta interesante el enfoque analítico.

Para demostrar estas apreciaciones, se estructuro todo un capitulo llamado (construcción teórica que permite explicar el cambio institucional de un régimen de monopolio estatal a un régimen liberalizado de prestación del servicio), que básicamente se dedicó a dos puntos fundamentales; el primero de ellos esencialmente planteo un enfoque que se encargó de analizar cómo se desarrolla el funcionamiento del mercado y como desde el punto de vista económico, los agentes que en él participan se mueven e interactúan en él con fundamento en decisiones que tienden a maximizar en todo tiempo la utilidad. Argumentos como el anterior facilitaron también explicar el cómo operan los cambios institucionales, pero seguidamente, se

pudo explicar cómo ello genera igualmente un cambio obligado en la estructura de prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En consecuencia la estructura metodológica planteada en la tesis en el primer capítulo, permitió en estos asuntos abarcar las siguientes conclusiones, que pasaremos a explicar detalladamente. Primero: se ubicaron la reglas de funcionamiento del mercado de manera general y posteriormente se ubicaron las falencias contradictorias del monopolio estatal, una vez efectuada esta forzosa comparación, se analizó el porqué del cambio institucional y como se produce en la actualidad la adaptación de la nueva teoría al mercado de los servicios públicos domiciliarios.

En esencia si los agentes económicos tienden en todo momento a maximizar las utilidades y los beneficios, las elecciones en el mercado se efectúan racionalmente, siempre buscando que los productores de bienes y servicios, logren posicionar en el mercado el producto más ventajoso económicamente hablando, es decir el que mejor se ajuste a la decisión racional del usuario o el consumidor final. Para lograr este puntual funcionamiento del mercado, se hace entonces necesario y prácticamente forzoso, incorporar la competencia entre productores como un mecanismo efectivo de regulación del mercado, ya que la única manera de incentivar la decisión racional de los agentes económicos es por medio de la incorporación de las leyes de la oferta y la demanda, para que el proceso competitivo arroje al mercado su resultado final que se refleja en mejores precios y mejor calidad. De esta manera un mejor precio y una mayor calidad facilitarán el ajuste de la más acertada decisión racional de los agentes del mercado.

Ya de manera comparativa encontramos que todo fenómeno de monopolio es naturalmente un esquema y una estructura económica que inhabilita sustancialmente el funcionamiento correcto del mercado, especialmente en cuanto a la aplicación de un esquema competitivo como forma de regulación. De esta manera, los monopolios inhabilitan a los agentes económicos para efectuar las mejores decisiones racionales con tendencia a la maximización, haciendo que en verdad se pague un precio más elevado por un servicio al que verdaderamente es real, si estuviéramos bajo el influjo de la actividad competitiva, En conclusión y tal y como se aseveró en el capítulo en mención, los monopolios en materia de servicios públicos imposibilitan que se presente la competencia que es el más eficiente regulador del precio, en efecto en un sistema de prestación de servicio estatal con tendencia a la creación de monopolios, se privara a los

usuarios de conocer de manera permanente el valor real de los bienes y servicios o por lo menos su estimación más conveniente en el mercado, cuando la competencia actúa en ese sentido. Es decir dando un valor real a los bienes y servicios, cuando estos son aportados al mercado, desde luego y en un enfoque enteramente económico, la falta de un régimen de competencia en materia de servicios públicos, privó durante mucho tiempo a la misma actividad competitiva de establecer efectivamente los precios con que estos servicios salieron al mercado, dando lugar a que los usuarios se vieran obligados a pagar precios elevados que aumentaban su costo real.

En consecuencia y siendo claros con esta percepción de los costos elevados generados por los monopolios, esto se convierte en una primera causa que obliga a la teoría económica a revelar un profundo problema de estructura económica y es la imposibilidad de fijar el costo real de los servicios, por lo tanto era imperativo que los cambios en el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios, deben por recomendación económica, dirigirse a la implantación de la competencia como mecanismo eficaz de fijación de los costos reales.

2. Lo primero que debe señalarse como conclusión, fue sin duda el hecho de concebir a la estructura económica de prestación de los servicios públicos como una verdadera institución de la sociedad. En ese entendido equiparamos al sistema de monopolio estatal de prestación de los servicios públicos como una institución verdaderamente ineficiente para el desarrollo y el progreso de las sociedades, y al sistema de mercado incorporado a la industria del servicio público como una institución verdaderamente eficiente desde el punto de vista económico.

Pero fruto de este análisis incrustado en el capítulo primero, es poder ver con nitidez, cómo surge, se presenta y se desarrolla la dinámica de los cambios institucionales. Esencialmente estas tendencias y movimientos que generan los cambios en materia económica, obedecen más a ajustar a las instituciones a convertirlas en eficientes y hacerlas mucho más productivas socialmente.

Este ajuste institucional, en un primer orden corresponde más a verificar en las transacciones económicas un mayor alto grado de certidumbre, esta certidumbre se pudo analizar como un importante atributo de las transacciones económicas, pues ellas logran siempre evitar que se presente un comportamiento oportunista en los contratos, es decir que la

efectividad de una institución generalmente se puede medir, por lograr evitar que las partes en el contrato, tomen injustificadamente ventaja sobre la otra, alterando gravemente las prestaciones de los agentes que participan en el contrato. Por ello de ahí que se haya afirmado que una institución lo que genera en una sociedad es la certidumbre suficiente y además necesaria. Si trasladamos este concepto al plano económico, como efectivamente se efectuó en el capítulo 1, se pudo advertir que una institución regulara la conducta humana con el único fin de generar certidumbre obligando, y este es su carácter imperativo, a que los seres humanos adopten un comportamiento predecible, ordenado y respetuoso enfocado a que los negocios, contratos y transacciones se cumplan.

Por esta razón todas las partes que concurran a un negocio tendrán la certeza que el esquema institucional está diseñado ante todo para evitar el incumplimiento, la anarquía o el aprovechamiento desmedido. Esto tiene una consecuencia lógica y es generar un clima propicio para la inversión y para que las transacciones económicas puedan desarrollarse con la mayor seguridad posible.

En ese entendido y si una institución es creada para perseguir estos fines de orden económico, resulta fácil concluir que la definición de las reglas de juego o en otras palabras de la manera en que se desempeñan las instituciones, aportara a los individuos la certidumbre que se necesita para lograr una continua cooperación y por ende una continua maximización económica. De esta manera la certidumbre se ha convertido en una verdadera necesidad para todos los actores del sistema económico, de tal suerte que cuando se desconoce o resulta manifiesta la ineficiencia de una institución para regular una determinada situación, se hace necesario crearla o modificarla para ajustarla a las nuevas realidades y generar con el cambio o la génesis institucional la certidumbre que se necesita en pro de la maximización y el desarrollo.

Si trasladamos estos insumos teóricos de la eficiencia institucional, como medio de valoración del funcionamiento de las instituciones de los servicios públicos, nos daremos cuenta que el sistema monopólico de prestación necesitaba con urgencia avances hacia la consolidación de un cambio, las razones concluyentes pueden condensarse de la siguiente manera:

En este sentido fue de nuestro absoluto interés emprender una reflexión en relación de los argumentos que permiten efectuar un desmantelamiento de la propiedad pública y dar paso a la defensa de la propiedad privada como

medio eficiente de provisión de bienes y servicios. En consecuencia uno de los argumentos más convincentes para justificar el cambio, se encuentra precisamente en la capacidad de incorporación de incentivos económicos al proceso productivo, que como la innovación pueden en verdad aportar grandes ventajas económicas en la prestación del servicio. Fue muy claro que la dinámica del cambio institucional en materia de servicios públicos domiciliarios se dirigiera contundentemente a que un sistema de propiedad privada, colocara a los accionistas en una posición ventajosa, para realizar inversiones que mejoren las formas de reducir los costos de utilización de los activos, porque el propietario tiene el poder para cosechar más las recompensas sobre estas innovaciones.

Esto resulta ser sumamente provechoso para lograr un significativo aumento de la eficiencia institucional, porque en últimas este fenómeno económico del incremento de la innovación como estrategia financiera y de negocios, crea en el empresario de los servicios una necesidad persistente de innovación que continuamente mejore la capacidad de aportar grandes beneficios al proceso productivo, independientemente si nos encontramos en un ambiente monopólico o competitivo, pues los resultados de la adaptación de medidas innovadoras disminuirá sustancialmente los costos de producción generando un aumento de la utilidad, una disminución del costo y un estímulo progresivo para aumentar la demanda. En consecuencia al argumentar las ventajas de la innovación en materia económica, consistentemente se coincidió en que cualquier mecanismo que aportara una disminución de los costos del proceso productivo, con implicaciones en la disminución de la tarifa, ratifico que la vinculación de la propiedad privada como forma de suministro, también contribuirá al cumplimiento de objetivos de orden social presentes incluso al mismo nivel constitucional y reconocidos como la prestación eficiente de los servicios públicos.

En conclusión las ventajas de la propiedad privada, son capaces de generar el cambio en las instituciones de prestación de los servicios públicos del monopolio estatal a la gestión directa privada, gracias a las considerables ventajas que aporta al proceso productivo la innovación como forma de capitalización de los activos. Si a manera de conclusión, también trasladamos este argumento para justificar la doctrina del cambio institucional, encontramos que la propiedad privada como atributo fundamental del nuevo sistema de prestación de los servicios públicos, ha aumentado considerablemente la certidumbre disminuyendo el oportunismo, pues la capitalización de los activos habilitara al empresario a

emprender continuos y sucesivos procesos de innovación, que si bien aumentan su utilidad, también reducen la tarifa evitando el despliegue de conductas oportunistas sobre los usuarios del servicio.

Esta nueva realidad en el esquema de prestación de los servicios públicos, sin duda demuestra la eficiencia en la transformación del nuevo sistema de prestación de los servicios públicos, comportándose de forma eficiente en dos sentidos: i) Se ha generado un cambio institucional que aumenta la productividad del empresario aumentando las transacciones económicas a nivel global, lo cual fomenta el mismo desarrollo y ii) se disminuyó teóricamente, si se presenta con eficacia una vigilancia en la regulación una disminución en la tarifa, lo que aumenta la calidad de vida de los usuarios y mejora sistemáticamente las medidas gubernamentales de control de la inflación.

De igual forma la propiedad pública como institución prestadora de los servicios públicos, se tornó ineficiente también por otras razones como se demostró, y que permiten concluir la necesidad de un cambio institucional, es el caso precisamente de la existencia de una excesiva burocracia que acompaña a las empresas públicas, es decir que la conformación de sus plantas de personal obedece más a intereses políticos que a cuestiones de eficiencia empresarial. De esta manera la propiedad pública se constituyó en un verdadero fortín político, controlado por los partidos políticos, que remuneraron favores electorales mediante el otorgamiento de plazas de trabajo. En consecuencia y como centro de nuestra argumentación, resultado evidente, que las empresas públicas se volvieron altamente ineficientes, perdiendo por completo la orientación de eficiencia económica, desviándose a la consecución de objetivos políticos totalmente ajenos al buen desempeño económico, distanciándose por completo de la rentabilidad, eficiencia y reducción de costos, que a contrario sensu y de manera comparativa pueden apreciarse en el funcionamiento de la actividad productiva del sector privado. Desde luego este es uno de los más claros ejemplos de lo que se constituyó como una falla en la intervención del Estado y que especialmente en el caso de los servicios públicos ha traído de suyo las reformas institucionales tendientes a la privatización del sector.

Otra de las grandes fallas que ha sido posible identificar en el esquema público de prestación de los servicios y que igualmente ha dado lugar al cambio institucional, es la identificación de una marcada tendencia por parte de los partidos políticos que ejercen el control de la empresa, de tratar

de obtener permanentemente sus propios beneficios y al aprovechamiento del proceso productivo. En este caso la actividad empresarial no se orienta a constituir un comportamiento eficiente en el mercado, sino a satisfacer los intereses particulares de un político o de su partido. En conclusión este fenómeno ejerció una contribución considerable para desestimar la eficiencia de la propiedad pública como institución, dando lugar al mismo cambio institucional, fortaleciendo la necesidad de instaurar un sistema de propiedad privada para la prestación de los servicios públicos.

3. Como gran tercera conclusión hemos querido proponer la incidencia de los costos de transacción como factor de cambio institucional. En un primer orden de manera rigurosa se efectuó una definición de los costos de transacción, señalando que ellos representaban los costos del aseguramiento de toda transacción económica, esto se explicó diciendo que dichos costos eran el resultado de una vigilancia especial ejercida por las partes en el contrato para evitar una mutua aparición de comportamientos oportunistas que facilitaran en buena medida a uno de los contratantes, sacar ventaja sobre los otros. En esa concepción se percibió que existen costos de transacción ligados de manera inicial a la redacción de los contratos y a las medidas contractuales que se dirigen al aseguramiento de las obligaciones contractuales.

En ese orden, una sociedad con instituciones muy eficientes, puede en buena medida disminuir estos costos de transacción, pues es directamente la institución la que impide el despliegue de conductas oportunistas por las partes que intervienen directamente en la transacción económica. De esta manera y teniendo claridad sobre el funcionamiento de los costos de transacción, en la presente investigación se reflexionó concienzudamente acerca de la forma en que un sistema de propiedad pública de prestación de los servicios públicos, ha incidido negativamente para la elevación de los costos de transacción y como ello por sí mismo se ha constituido en una causa que tiende en buena medida a justificar el cambio institucional en la estructura de prestación de los servicios públicos, dando paso a una propiedad privada que se encargue de la ejecución del servicio.

Las razones que justifican dicho cambio a la luz de los costos de transacción lo sintetizamos de la siguiente manera: i) resulta evidente que las empresas o las organizaciones empresariales, pueden diseñar internamente en sus procesos productivos mecanismos que faciliten la negociación de sus productos, planificando la disminución de futuros costos de transacción. Desde luego esto es propio de las estructuras

empresariales privadas, que se preocupan verdaderamente en aplicar a su modelo de negocios una disminución sustancial de los costos de transacción aumentando de manera efectiva la maximización de las utilidades.

En un modelo de prestación de servicio público con monopolio estatal, donde la universalización es lo más importante y donde se deja de lado la eficiencia y la maximización económica como criterio, la disminución de los costos de transacción, se hace altamente ineficiente invocando la necesidad de un cambio institucional que incorpore las conductas de las estructuras empresariales privadas al servicio público. De manera concluyente las estructuras empresariales privadas son más proclives a planificar la disminución de los costos de transacción para aumentar la maximización económica, lo cual también aumenta la eficiencia en la prestación, la disminución del costo de producción del servicio y en un aumento del componente tecnológico.

Ahora bien y en esta misma línea de relación de los costos de transacción, se expuso la importante relación presente entre los costos de transacción y el desempeño de las instituciones. Por ello resulta para esta investigación muy importante concluir, que entre más eficiente sea una institución para disminuir el oportunismo y asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, menores serán siempre los costos de transacción. En síntesis esta fue una de las grandes críticas que a lo largo de la tesis fueron propuestas en relación al sistema de monopolio estatal de prestación de los servicios públicos, pues este modelo al ser realmente ineficiente, retardaba también como se señaló la aparición de un ideal de maximización y un aumento de las transacciones económicas que se pueden producir por un aumento en la cobertura.

Desde este punto de vista la coherencia y orden con que las instituciones funcionen en la sociedad, aportarán la certidumbre necesaria para el funcionamiento y fortalecimiento del sector privado. En este entendido el desmantelamiento de los monopolios públicos y el establecimiento de un mercado competitivo y regulado son cambios institucionales encaminados a aportar nuevas reglas de funcionamiento en relación a la prestación de los servicios, que generan mayor grado de certidumbre a los actores del mercado, para que desarrollen y desplieguen sus actividades económicas en un entorno de competitividad que fomenta la libertad de empresa y la iniciativa privada.

En ese orden de ideas y ya de manera concluyente, podemos señalar que los monopolios estatales, diseñados para la prestación de los servicios públicos, redujeron considerablemente el margen de acción de los particulares en la actividad económica y eran instituciones que generaban un total ambiente de incertidumbre, pues por muchos años fue imposible contener el comportamiento político abusivo que generaba constantemente la ineficiencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios, era una ineficiencia que incluso prescindía de sistemas e instituciones de vigilancia y supervisión y los costos de transacción que eran elevados se podían cuantificar en la misma ausencia de mecanismos idóneos como la competencia, para regular el precio caro que pagaban los usuarios.

Era necesario de esta particular visión del costo de transacción, generar un cambio institucional y permitir la entrada al esquema competitivo, pero especialmente a la preeminencia de la eficiencia económica. Este es un cambio que En Colombia se plasma en la misma C.P de 1.991, que albergo la misma entrada de prestadores privados, eliminando por este sistema normativo, muchos costos de interdependencia, presentes en las actividades económicas ejercidas por los ciudadanos, esto en buena medida porque el aumento del campo de acción de los operadores privados que lograron entrar a escenarios económicos antes reservados al Estado, eliminaron ostensiblemente los costos de organización de la actividad privada y contribuyeron a la misma eliminación de trabas y obstáculos para el ejercicio de actividades económicas. Sin duda este cambio fue un gran aporte económico para fortalecer las relaciones económicas de intercambio que en un ámbito competitivo y regulado se vuelven cada vez más fluidas.

4. Es importante aclarar que las conclusiones hasta aquí efectuadas, son conclusiones que resultan de expresar las razones que dieron lugar al cambio institucional en el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios. En síntesis fueron argumentos económicos que en primera instancia permitieron descubrir por qué se gestó el cambio institucional del monopolio estatal a la propiedad privada. El aporte más significativo de este análisis se hace consistir en que este sirvió de insumo teórico para explicar los cambios presentes también en el contrato de concesión de servicio público, esto debido a que por razones también económicas se pudo precisar, que uno es el funcionamiento de este contrato en el régimen de monopolio estatal de los servicios públicos y otro muy distinto es el funcionamiento que ostenta esta figura contractual en un régimen privado y de libre entrada de prestación de los servicios públicos.

De esta manera la coherencia de la presente investigación se sustenta al identificar simultáneamente dos cambios institucionales, el primero de ellos como ya se advirtió, en la detallada explicación del desmonte de la institución del monopolio estatal y el segundo lo hemos podido identificar a lo largo de la tesis, como los nuevos roles que adquiere el contrato de concesión de servicio público en el régimen de libre entrada. Para mayor claridad de lo expuesto en la conclusión de este importante aspecto, es que se pudo identificar que tras la vigencia de la teoría francesa del servicio público, que responsabilizó directamente al Estado de este tipo de actividades, la concesión de servicio público se presentó e incremento en varios periodos históricos, incrementos que se justificaron precisamente cuando el Estado requería de la experticia técnica o de la capacidad de gestión del sector privado para el ejercicio de actividades industriales altamente tecnificadas, de esta manera la participación del sector privado podía considerarse como subsidiaria a la actividad estatal e imponía al gestor privado ampararse bajo la autorización de un título habilitante, que se otorgaba con claras restricciones temporales, fue así como el análisis económico enseña que la concesión de servicio público, podía operar para suplir la falta de gestión administrativa del Estado o funcionar simplemente al capricho o discrecionalidad de la administración, que decidía que la prestación de un servicio se efectuaría de esta manera.

Hoy en día el cambio institucional en el régimen de prestación del servicio público, trajo consigo también un cambio y un ajuste institucional en la concesión de servicio público, que por fundadas razones económicas en el ámbito de la libertad económica empezó a ostentar nuevos roles y nuevos campos de aplicación. En conclusión este cambio institucional presente en la concesión de servicio público, delimito considerablemente su campo de acción a tres imperiosas necesidades de la administración pública moderna. Ellas son: i) La contención del oportunismo político en materia de servicios públicos, ii) La generación de infraestructura y iii) la administración de monopolios naturales cuando se presentan fallas insuperables del mercado.

5. De manera concluyente se puede señalar que este es un trabajo de investigación que considera, afirma y expone que el tradicional contrato de concesión de servicio público, se ha convertido en un importante mecanismo jurídico y económico que sirve para regular y eliminar el oportunismo político en materia de servicios públicos domiciliarios. En contraste con esta afirmación se pudo demostrar a lo largo de esta investigación, cómo el diseño institucional tenía como misión especial el

regular las relaciones y las transacciones económicas entre particulares para evitar que en estas relaciones proliferara el oportunismo y el egoísmo de los agentes económicos, desde esta particularidad de orden teórico se dirigió toda la argumentación a demostrar como las instituciones fuertes aumentaban la seguridad en las transacciones económicas, disminuyendo los costos de transacción y por esta vía generando claros incentivos para producir un aumento considerable de las transacciones.

De esta manera fue objeto de precisión de esta investigación, el aumento considerable del poder del Estado, pues se ha estimado acertadamente que a mayor poder institucional aplicado a los mencionados fines, mayor será el desempeño económico, en consecuencia el poder estatal en el ámbito económico crece considerablemente y los políticos quienes en ultimas se han convertido en operadores de este gran poder, se ven también influenciados por querer imprimir en las decisiones económicas derivadas del uso de estas grandes facultades, la satisfacción de sus propios intereses, muchas veces en contravía de los propios intereses de la sociedad. Este comportamiento oportunista se pudo precisar en la investigación que sin importar que se halla privatizado los servicios públicos, las inversiones en el sector se caracterizan generalmente por la existencia de costos hundidos, que son las grandes inversiones que se tienen que efectuar por lo general en redes o en otros aspectos de infraestructura y cuya recuperación solo puede obtenerse en el largo plazo, esto implica que los inversionistas privados en servicios públicos necesiten contar con condiciones estables por parte del Estado que regula la actividad y que garanticen el retorno de las inversiones efectuadas.

Por razón entonces de estos pormenores económicos que caracterizan la naturaleza de las inversiones en materia de servicios públicos domiciliarios lo que da lugar a que el inversionista sea perjudicado considerablemente por el comportamiento oportunista del político de turno, que intenta la maximización de sus propios intereses y de sus propias utilidades y por esta razón utiliza el tema de los servicios públicos y la reducción de las tarifas, como un mecanismo efectivo para atraer a las masas electorales y sumar votos a su favor.

Sin embargo este estilo de oportunismo político, siempre ha perjudicado a los empresarios que ejercen actividades de servicio público, pues estos inversionistas siempre han desarrollado su programa de inversiones con costos hundidos en aparentes condiciones de estabilidad y que por el despliegue del comportamiento oportunista al disminuir las tarifas, se

modifican las circunstancias financieras benéficas que posibilitan el retorno a la inversión. De esta manera la conclusión en este punto de la investigación, ha quedado bien lograda al demostrar que el contrato de concesión de servicio público, aprovecha las virtudes aportadas por su régimen jurídico, en este caso por la posibilidad de negociación de muchas de sus cláusulas, pero en especial aquellas que fijan el sistema de remuneración del contratista, es decir las que fijan contractualmente el régimen tarifario.

Esta posibilidad de establecer las tarifas contractualmente se ha convertido en una garantía para los inversionistas en materia de servicios públicos, pues las tarifas fijadas contractualmente aportan la seguridad jurídica que los empresarios necesitan para efectuar inversiones a largo plazo, con la garantía previa, que estas condiciones no sean modificadas arbitrariamente por la administración sin alterar la ley de contrato. De esta forma la concesión se ha convertido en un instrumento muy valioso para que se efectúen inversiones en materia de servicios públicos, evitando a toda costa la aparición del oportunismo político, que como se vio ha hecho tanto daño a la posibilidad de efectuar inversiones a largo plazo en este sector.

6. De manera concluyente se puede señalar que este es un trabajo de investigación que considera, afirma y expone que el tradicional contrato de concesión de servicio público, se ha convertido en un importante mecanismo para la generación de infraestructura, dentro del nuevo esquema de asociaciones público privadas. Esta aplicación del contrato de concesión de servicio público, surge por el afianzamiento de algunas funciones del Estado destinadas a suplir la necesidad de generación de infraestructura. Lo importante en este punto puede resumirse en el hecho de clarificar la naturaleza de las competencias estatales en función del desarrollo económico y de este modo el Estado, tiene que dirigir el esfuerzo administrativo para la generación y creación de infraestructura, se reclama entonces al Estado en estos ámbitos específicos, ya no una labor circunscrita exclusivamente al campo de la regulación económica de la actividad privada, sino que se reclama y se exige que el Estado actúe de la manera más eficiente para atender la necesidad de generación de infraestructura.

Desde un punto de vista netamente económico, la generación de infraestructura es un componente necesario para que se dé el libre mercado, competitividad y apertura hacia al exterior, no solo por la generación de vías que facilitan la comunicación, sino también para

consolidar una política de servicios públicos que disminuya sus costos de producción y sus tarifas, permitiendo a los inversionistas y productores también disminuir sus costos de producción. En este entendido puede deducirse que las competencias soberanas del Estado en materia de infraestructura sobre sectores estratégicos hoy se mantienen vigentes; tales como obras públicas, vías puentes, redes de comunicaciones, transporte, obras hidráulicas, redes de energía, sistemas de abastecimiento de agua, hacen parte de actividades estratégicas, donde el Estado ejerce con total libertad su competencia para la generación de infraestructura, y cuyo núcleo esencial para determinar la competencia estatal, se encuentra en la incidencia o impacto público que necesite la generación de infraestructura.

En el discurso de la presente investigación se pudo hacer un detallado recuento de la forma en que la concesión de servicio público, se ha constituido en un mecanismo idóneo para la generación de infraestructura, lo cual puede concluirse hace parte de la visión tradicional, pero realmente lo novedoso del presente trabajo, fue descubrir que el contrato de concesión de servicio público, hace parte de los contratos que pueden integrar el esquema de las asociaciones público privadas y que ostentan mecanismos financieros de project finance, para la consecución de recursos de financiación de la obra y de programación de pagos cuando la obra resulta autosostenible. En Colombia, esta relación entre concesión de servicio público como contrato de asociación público privada, se ha visto desarrollada por el artículo 2 de la ley 1.508 de 2.012, que preceptuara que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1.993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de asociación público privadas.

Por lo tanto y gracias a esta inclusión y como aspecto bien novedoso podemos concluir, que el contrato de concesión de servicio público, ha quedado inmerso dentro del esquema de asociaciones público privadas de la ley 1.508 de 2.012, recogiendo de esta manera las tendencias imperantes en el derecho administrativo comparado, que ha mostrado tanto en el derecho continental, como en el derecho anglosajón con los contratos B.O.T, un nuevo reposicionamiento de la concesión de servicio público.

En Conclusión y tal y como se expresó en líneas anteriores, esto permite que las concesiones de servicios públicos ahora puedan armonizarse, con los postulados orientadores de la ley 1.508, facultando a la misma asociación que genera o administra infraestructuras de servicios públicos, valerse de los modelos financieros del Project finance, aquí ampliamente

explicados para lograr la ejecución de la obra y el cumplimiento de los pagos a sufragar a los acreedores.

7. De manera concluyente se puede señalar, que este trabajo de investigación, considera afirma y descubre y expone que el tradicional contrato de concesión de servicio público, se ha convertido en un importante mecanismo para la administración de monopolios naturales de servicio público. Si bien es cierto que la tendencia predominante, muestra el desmonte de los monopolios de servicio público a cargo del Estado, demostrando que el sector privado irrumpo con fuerza en todas las actividades que con anterioridad eran catalogadas como públicas, esto ha sido auspiciado desde los mismos gobiernos ya que cada espacio que queda habilitado, para que el sector privado pueda desplegarse, queda rápidamente apropiado, montado y explotado, si se dan las condiciones de mercado adecuadas. Esto es esencialmente el rápido desenvolvimiento que ha tenido el sector privado para lograr el desmantelamiento de los monopolios estatales.

No obstante y muy a pesar que este ideal se ha convertido en la tendencia predominante, el único freno existente a esta tendencia no ha sido restricciones de orden jurídico, sino la ocurrencia de fenómenos económicos que como el monopolio natural, hacen su aparición para demostrar que de manera forzosa, hay situaciones de orden técnico que hacen imposible la consolidación de un mercado competitivo. De esta manera identificamos nuestra posición personal al pensamiento de la doctrina administrativa internacional, que considera a la concesión de servicios público como una de las mejores aplicaciones que el derecho puede ofrecer, para afrontar un reto económico como es el monopolio natural que es considerado como una verdadera falla del mercado. Esta técnica entonces ha consistido en la previa exclusión de la libre iniciativa empresarial, mediante la creación de un monopolio legal para, posteriormente encomendar a una determinada persona la gestión de la actividad monopolizada.

En conclusión hemos podido sostener que la concesión de servicio público es un medio ideal para ejercer la prestación de los servicios públicos en monopolios naturales, porque permite una decidida intervención estatal a través de la declaración de servicio público, que a su vez propicia el concierto de la actividad empresarial del particular, en consonancia con una política que propende en todo momento por dar participación al sector privado en actividades incluso reservadas. En consecuencia la fuerza de

las circunstancias, pero más la depuración de la técnica económica aplicada al caso de los monopolios naturales, ha llevado indefectiblemente a la construcción de un nuevo escenario para la aplicación de la concesión administrativa de servicio público, en el pleno auge del régimen de la libre entrada.

En este sentido, la concesión de servicio público, se constituye más como una auténtica técnica de regulación económica para la prestación de los servicios públicos, que por su baja rentabilidad no admiten la amplia concurrencia de prestadores, erigiéndose como una única y verdadera alternativa para la prestación de la actividad. Por lo tanto serán las propias condiciones económicas del mercado las que condicionan el empleo de este contrato, y su subsistencia como una técnica válida para el ejercicio de actividades consideradas como de servicio público.

La otra situación que fue objeto de detenido estudio y sobre la cual se usa el contrato de concesión de servicio público, es en el monopolio natural, que surge ante la imposibilidad económica de efectuar una duplicación de la red. Para explicar este fenómeno de carácter técnico en su momento se expresó que las redes en cuanto que canalizan todo el tráfico de un determinado bien o servicio constituyen verdaderos cuellos de botella, es decir, conductos materiales de paso obligado para todo un mercado. Si a ello se une la dificultad física para su diseño e implementación y la extraordinaria envergadura financiera que se requiere para desplegarlas, nos encontramos ante la presencia de un monopolio natural, es decir con un mercado en el que la oferta es pacíficamente acaparada por quien dispone del control de la red. La competencia no circula bien y se obstruye en los estrechos canales que forman las grandes infraestructuras en red, a menos que se adopten enérgicas medidas jurídicas

Así quedaron pues sintetizadas las razones de interés general que justifican la intervención del Estado en la prestación del servicio. De este modo puede concluirse la fortaleza de la teoría del prestador único en régimen de exclusividad, en las dos situaciones que se vienen contemplando y que dan nacimiento al monopolio natural, es decir la duplicidad antieconómica de la red y las fallas del mercado por la situación económica deficitaria de los usuarios que la componen. Queda claro que solo estas razones de interés general, son las que pueden dar lugar a la utilización de la excepción constituida por el mismo otorgamiento de derechos exclusivos mediante el contrato de concesión.

BIBLIOGRAFIA

- ACEMOGLU, Daron. Robinson James A. *“Por qué fracasan los países.”* Editorial Deusto. Barcelona. 2012.
- Asociaciones público privadas en Colombia. Ministerio de hacienda y crédito público-subdirección de banca de inversión. Departamento Nacional de planeación-gerencia de participación privada en Colombia. Diciembre 2.010
- ARIÑO Gaspar. *“Economía Y Estado. El Estado productor de las nacionalizaciones a las privatizaciones, el Estado regulador del monopolio a la competencia.”* Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993.
- *“Regulación monopolística y regulación competitiva, En reforma al régimen de contratación estatal.”* Universidad de los Andes. Bogotá 2.010.
- ARIÑO ORTIZ Gaspar. *“El contrato de colaboración público privado en Reforma al régimen de contratación estatal.”* Universidad de los Andes. Primera Edición. Bogotá 2.010.
- AZCONA ATIENZA Jaime. *“La deuda externa del mundo en desarrollo, teoría realidad y alternativas.”* Ediciones Akal S.A. Madrid España.2.002.
- BENAVIDEZ José Luis. *“El contrato Estatal entre el derecho público y el derecho privado.”* Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá. 2.004.
- BETANCUR CUARTAS Jaime. *“Estatuto general de la contratación pública”*. Décima edición. Biblioteca jurídica Dike, 2000.
- BIELSA Rafael. *“Derecho Administrativo”*. Editorial La ley, sexta edición. Buenos Aires, 1980.
- BIELSA Rafael. *“Ciencia de la administración”* .Obra editada por la facultad de ciencias económicas, comerciales y políticas, Universidad Nacional del Litoral. Serie 1, Volumen I Rosario 1937.
- BOHÓRQUEZ ZAPATA Leonardo Andrés. CAMACHO CHAIN Mario Andres. *“El contrato de concesión”*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá DC.2002.

- BUCHANAN James. TULLOCK Gordon. “*El cálculo del consentimiento, fundamentos lógicos de la democracia constitucional.*” Editorial Planeta Agostini. Barcelona 1.993.
- CABALLERO SÁNCHEZ Rafael. “*Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos.*” Instituto nacional de administración pública. Primera Edición. Madrid. 2.003.
- Arbitral Consorcio de ingenieros civiles asociados S.A, termotecnica coindustrial S.A Vs Empresa de energía de Bogotá. 10 de Agosto de 1.994
- Cámara de comercio de Bogotá. “TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Arinco S.A Vs Fondo Aeronáutico Nacional.17 De feb de 1.994.
- Cámara de comercio de Bogotá. Conconcreto S.A, Soletanche Bachy Cimas S.A Vs Empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá.
- Centro de conciliación y arbitraje de Barranquilla. Tribunal de arbitramento Barranquilla Distrito especial, industrial y portuario Vs Sociedad de acueducto alcantarillado y aseo de Barranquilla S.A e.s.p
- CASSAGNE Juan Carlos. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Derecho Constitucional y Administrativo tomo III.” Universidad del centro educativo Latinoamericano. Editorial juris 2.002
- CASTRO CUENCA Carlos Guillermo, GARCÍA LÓPEZ Luisa Fernanda, MARTÍNEZ VARGAS Juan Ramón. “*La contratación Estatal: Teoría General, perspectiva comparada y regulación internacional.*” Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición Bogotá D.C. 2.010.
- Consejo de Estado, sección tercera. *Sentencia de 7 de Marzo de 2007. Radicación 11542.* Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.
- Consejo de Estado. *Sección tercera. Radicación numero 13074. Sentencia del 30 de Noviembre de 2006.* Consejero ponente: Ariel Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado. *Sentencia de Junio 19 de 1998. Radicación Número 10217.* Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. Sentencia de 27 de Marzo de 1.992. M.P Dr Carlos Betancur Jaramillo.
- *Constitución Española de 1978, Artículo 128 núm. 2.*

- Corte constitucional. *Sentencia C- 815/2001*. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte constitucional. *Sentencia C-350/97*. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte constitucional. *Sentencia T-838/ 2002*. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-086/98. M.P Dr Jorge Arango Mejia.
- COSSÍO DÍAZ José Ramón. *“Derecho y análisis Económico.”* Instituto tecnológico autónomo de México. Fondo de cultura económica. México D.F 2.007.
- DÁVILA VINUEZA Luis Guillermo. *“Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica de la ley 80 de 1.993”* Legis segunda edición, Bogotá.2.003.
- DE AHUMADA RAMOS Francisco Javier. *“Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico.”* Editorial Dykinson. Madrid. 2.001
- De Carvajal Fibla Borja Colón. “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: Una perspectiva jurídica politológica y emocional.”Bubok publishing, S.L. Valencia España. 2010. Pág 30
- DE LA CRUZ Ferrer Juan. *“La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico”*. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- DE LA QUADRA SALCEDO Tomas. *“Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público constitución económica Europea.”* Centro de estudios constitucionales, Madrid 1995.
- Decreto 222 de 1983. Artículo 102.
- Densetz Harold. *“Why regulate Utilities.”* Journal of law and economics, Vol 11, No 1. April., 1.968.
- DOUGLASS C. North. *“Instituciones cambio institucional y desempeño económico.”* Fondo de cultura económica de México. México D.F. 1.993.

- DUGUIT León. “Las transformaciones del Derecho Público.” Librería Española y extranjera Príncipe 16. Madrid. 1996.
- DURÁN VINASCO Ricardo. “*Project finance y emisión de títulos, dos alternativas de financiación*” Editorial U Santo Tomas. Bogotá. 2.006.
- ELSTER JHON. “*Explaining technical change. Studies in rationality and technical change*”. Cambridge University Press. New York. 1983.
- EXPÓSITO VÉLEZ Juan Carlos. “*La configuración del contrato de la administración pública en derecho Colombiano y Español.*” Universidad Externado de Colombia. Primera edición 2.003. Bogotá.
- F.A VON HAYEK. “*the use of knowledge in society.*” The American Economic Review” vol XXXV, Number four. Usa. September 1945.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO Recaredo. “*Los contratos administrativos*”. Librería General de victoriano Suarez. Madrid 1927.
- FERNÁNDEZ GARCÍA María Yolanda. “*Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red.*” Editorial ciudad argentina. Buenos Aires 2.003.
- FERNANDO MAZÓN, Francesc Xavier ALSINA, SANTIAGO ÁGUILA. “*Finanzas de la planificación a lo largo de la gestión diaria de la tesorería*”, Ediciones gestión 2.000. Barcelona 2.003.
- FERROYO COSTA Raul. “*Derecho constitucional general.*” Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.2.004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo- Ramón Fernández Tomas. “*Curso de derecho Administrativo I*”. Editorial Civitas S.A. Madrid. 2.008.
- GEORGE SUSAN. *La privatización o la gran feria en “La encrucijada del neoliberalismo.”* Iepala Editorial. Madrid. 2.000.
- GOODIN ROBERT E. “*The theory of institutional desing*”. Cambridge Universite press. 1.996.
- GÓMEZ CÁCERES Diego, JURADO MADICO Juan Ángel. “*Financiación global de proyectos- Project finance*”. Esic Editorial. Madrid. 2.001
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN Rafael. “*La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones.*” Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales. S.A. Madrid 2.003.

- GONZÁLEZ OBREGÓN Guillermo. *“Régimen de contratación de las empresas de servicios públicos.”* Superintendencia de servicios públicos. Bogotá 2.004.
- GORDILLO AGUSTÍN. *“Tratado de derecho administrativo. Parte general Tomo I.”* Fundación de derecho administrativo. Buenos aires 2.004
- GRANATO Leonardo. *“Protección del inversionista extranjero en los tratados bilaterales de inversión.”* Universidad de Belgrano. Argentina 2.005.
- GUASCH J. Luis. *“Concesiones en infraestructura.”* Editorial Bosch. Barcelona.2005
- GUERRERO SUAREZ Fernando. Camacho Ilano Fernando. *“Gas natural en Colombia- gas E.S.P. Estudios gerenciales.”* Abril-Junio, Número 087, Universidad ICESI. Cali Colombia.2.003
- HERNÁNDEZ Juan Carlos. *“Regulación y competencias del sector eléctrico. Evolución regulación actual y perspectivas de futuro.”* Thompson Aranzadi Bartiguez. Cátedra universidad de navarra. 2005.
- HERNÁNDEZ MARTÍN Miguel. *“La intervención del sector público en la economía y su actividad empresarial.”* Primera Edición. Ediciones Universidad de Salamanca. España.1.998.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE Víctor Rafael. *“la concesión de servicios públicos y la concesión de obras públicas. Balance y perspectivas de los servicios públicos.”* Vadell hermanos editores Caracas. 1.999.
- JARAMILLO PANESSO Raúl. MONROY MORRIS Gustavo. *“La encrucijada de los servicios públicos.”* Grupo Editorial Norma. Bogotá. Junio de 2.005.
- JEZÉ, Gastón. *“Principios generales del derecho administrativo, Tomo III, El funcionamiento de los servicios públicos”*. Editorial de Palma, Buenos Aires, 1949.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS F.J. *“Los organismos autónomos en el derecho público Español: Tipología y régimen jurídico.”* Instituto nacional de administración pública. Madrid. 1.987
- Ley 142 de 1994.
- Ley 143 de 1994.

- Ley 632 de 2000.
- Ley 689 de 2001.
- Ley 80 de 1993. “*Estatuto general de contratación estatal.*”
- Ley 30 de 2.007 art 8.
- Lindblom Charles E. “*The Market Sistem.*” Yale University Press. Printed in the United States of America.2.001.
- LUCIONI Luis. “*Macroeconomía del desarrollo. La inversión para la provisión de servicios públicos y su funcionamiento en América latina y el Caribe: Evolución reciente, situación actual y políticas.*” Naciones Unidas CEPAL división de desarrollo económico, Santiago de Chile, noviembre de 2.004.
- MARCOU Gerard. “*Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional. Tomo I comparaciones y comentarios.*” Editorial Universidad del Rosario. Facultad de jurisprudencia. Bogotá. 2.009.
- MARIENHOFF Miguel. “*Tratado de derecho administrativo Tomo III- B, contratos administrativos de los contratos en particular*”. Abeledo- Perrot, Cuarta Edición. Buenos Aires. 1.983.
- MARTÍNEZ OMAÑA María Concepción. “*La gestión privada de un servicio público.*” Plaza y Valdez. México D.F. 2.002.
- MEILAN GIL José Luis. “*La clausula de progreso en los servicios públicos.*” Instituto de estudios Administrativos. Madrid.1.968.
- MIRANDA MIRANDA Juan José. “*Gestión de proyectos, Identificación, formulación y evaluación financiera, económica, social, ambiental.*” Quinta Edición. Bogotá Mm editores 2.005.
- MORENO Luis Ferney. “*Servicios públicos domiciliarios perspectivas del derecho.*” Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2001.
- MORENO MOLINA Jose Antonio. PLEITE GUADAMILLAS Francisco. “La nueva ley de contratos del sector público. Estudio sistemático” La ley grupo Walters kluber. Madrid 2.008. pág 916.
- ELÍAS MOJICA B. RUEDA. José Luis “*Contribuciones para el desarrollo de sistemas de producción.*” S Editores. Quito Ecuador. 1.991.

- NIETO LOPEZ Francisco. “*Honores y Protocolo.*” Tercera Edición. La Ley, grupo Walter kluwer. España 2.006.
- OGUS ANTHONY I. “*Regulation legal form and economic theory*”. Oxford University press.1994
- OLIVER E wilianson. “*Las instituciones económicas del capitalismo.*” Fondo de cultura económica de México. 1.989.
- PANTOJA BAUZÁ Rolando. “*El derecho administrativo clasicismo y modernidad.*” Editorial jurídica de Chile, primera edición de 1.994. Santiago de Chile.
- PARRA GUTIÉRREZ William Rene. “*Los contratos estatales*”. Tercera edición. Ediciones librería del profesional. Bogotá 1.998.
- POSNER RICHARD. “*Análisis económico del derecho.*” Fondo de cultura económica de México. México DF.1.992.
- Resolución 057 de 1996. “por la cual se establece el marco regulatorio para el servicio público de gas combustible por red y para sus actividades complementarias”.
- Resolución C.R. A Numero 02-96. “Por medio de la cual se establecen reglas sobre los contratos de concesión para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, para la prestación del servicio público y acueducto y alcantarillado.”
- Resolución C.R.A Numero 11 de 1996. “Por la cual se establecen reglas sobre contratos de concesión en las que se incluye el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo.”
- Resolución C.R.A Número 159 de 2001 “por medio de la cual se verifica la existencia de los motivos que permiten establecer áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en el distrito capital y turístico de Cartagena.”
- Resolución C.R.E.G 118-96 “por la cual se modifican las resoluciones C.R.E.G-015 Y C.R.E.G -022 de 1995, en relación con el área de servicio exclusivo de centro y Tolima.”
- Resolución C.R.E.G 15 de 1995: “por la cual se verifica la necesidad de utilizar la modalidad contractual de áreas de servicio exclusivo en 5 zonas del país.”

- RIVERA Daniel. PIRAQUIVE Gabriel. *“Participación privada en Colombia oportunidades y desafíos sector agua potable y saneamiento básico.”* Departamento planeación. Bogotá 1.997.
- ROBBINS Lionel. *“Remarks Upon certain aspects of the theory of cost”* A lectured delivered the national Ikonomischen gesells chaft, Viena, 7 de Abril 1933. Edited by: Buchanan James M and George F Thirby. First published in the Economic journal. March 1.934.
- RODRIGUEZ R Libardo. *“El Equilibrio económico de los contratos administrativos.”* Editorial Temis S.A. Bogotá 2012
- RODRÍGUEZ Libardo. *“Derecho administrativo general y Colombiano”.* Novena edición. Editorial Temis S.A. Bogotá 1.996.
- RODRÍGUEZ LIZARAZO Liliana, Anzola Gil Marcel. *“La regulación económica: Tendencias y desafíos.”* Centro editorial Universidad del Rosario. Facultad de jurisprudencia. Primera edición: Bogotá D.C. 2.004.
- ROMERO PÉREZ Jorge Enrique. *“Derecho administrativo general.”* Euned. San José de Costa Rica 1.983.
- ROTH Gabriel. *“La provisión de servicios públicos”.* Cámara de comercio de Bogotá, Asociación iberoamericana de cámaras de comercio. Bogotá. 1989.
- SALAMANCA LEÓN Jaime. *“El Estado del arte de la regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia”* Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico (C.R.A).2.001.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ María Amparo. *“Banca pública y mercado, implicaciones jurídico públicas de la paridad de trato.”* Instituto Nacional de administración Pública. Madrid. 2000.
- SÁNCHEZ SOLIÑO Antonio. GUTIÉRREZ DE VERA Fernando. *“Estudio sobre las inversiones en infraestructuras en la unión Europea y los efectos de su contabilización pública y privada según sus distintas fuentes de financiación.”* Universidad politécnica de Madrid. www.foroinfra.com/nuevos/pdf/estudios_sobre_las_inversiones_en_inf2.pdf. pág 37.
- SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. *“El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.”* Universidad Carlos III de Madrid. Getafe 2.010

- SENDIN GARCÍA Miguel Ángel. “*Los usuarios y el derecho público en el derecho de los consumidores y usuarios.*” Editorial Netbiblo SL. Coruña España.2.000.
- SHLEIFER Andrei and VISHNY Robert W. (1994), “*Politicians and Firms.*” *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, No. 4 (Nov).
- SHLEIFER Andrei. “*State versus private ownership.*” *Journal of Economic perspectives*. Vol 12, number 4. Fall 1.998. pág 137.
- SILVA CIMMA Enrique. “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado.*”Editorial Jurídica de Chile Santiago de Chile 1.995.
- T. SPILLER Pablo. “*Institutions and commitment.* (Haas school of businees, University of California, Berkeley. CA 94720, Usa).
- T. SPILLER Pablo. SAVEDOFF Wiliam D. “*Oportunismo gubernamental y suministro de agua.*” *Artículo publicado en Agua perdida (Compromisos institucionales para el suministro de servicios públicos sanitarios).* Banco interamericano de desarrollo. New york. 2.000.
- TRONCOSO REIGADA Antonio. “*Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público.* Revista Española de derecho constitucional.” Centro de estudios políticos y constitucionales, Año 19, Madrid 1999.
- VARGAS HERNÁNDEZ José Guadalupe. “*Perspectivas del institucionalismo y neoinstitucionalismo.*” *Revista ciencia administrativa* Vol. 10 Año 2.008. Instituto de investigaciones y estudios superiores de La ciencia administrativa. Veracruz México. 2.008.
- VERGARA BLANCO Alejandro. “*Derecho de Aguas Tomo II.*” Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1998.
- VERGARA BLANCO Alejandro. “*Principios y sistema del derecho minero.*” Editorial jurídica de Chile Santiago de Chile.1.992
- VEYTIA Hermani. “*Comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional.*” *Anuario Volumen XXXI.* Austria Abril 2.003.
- VIDAL PERDOMO Jaime. “*Derecho Administrativo General*”. Editorial Temis, Bogotá. 1961.

- VIDAL PERDOMO Jaime. “*Derecho administrativo.*” Editorial Legis. Décima tercera edición. Bogotá. 2.008
- VILLANUEVA RIO Ángel, SAINZ SASTRE Juan Antonio. “*Agua, las situaciones del Agua en España. Recursos, Gestión y tendencias.*” Fundación EOI. 2.008
- VILLAR PALASI José Luis. “*La intervención administrativa en la industria.*” Instituto de Estudios políticos. Madrid. 1.964.
- VIVES DE LA CORTADA Joaquín. “Guía sobre la nueva ley de contratos del sector público.” El derecho grupo Francis Lefebvre. España 2.010. pág 134.
- ZAFRA ROLDAN Gustavo. “*Artículo 370 de la Constitución.*” *Consejería para el desarrollo de la constitución. Asamblea Nacional constituyente.* Presidencia de la república. Sesión de la comisión segunda. Abril 16 de 1.991.