

Fallos del mercado y regulación económica en los servicios públicos domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas

DAVID DE LA TORRE VARGAS¹

RESUMEN

Derecho y Economía encuentran su más alto punto de interdependencia en materia de *regulación económica*, disciplina estudiada de antaño por los economistas, frente a la cual los juristas nos hemos ocupado principalmente a resolver los problemas frente a su ubicación en el sistema de fuentes del Derecho, o del análisis de las competencias de las autoridades encargadas de materializarla sin ir al fondo de su esencia: los fallos del mercado. Conceptos como la libre competencia, el monopolio natural, la demanda inelástica y la eficiencia económica que, entre otros, hacen parte de la cotidianidad del sector de los

1 Abogado de la Universidad del Cauca, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Magíster en Derecho Administrativo, modalidad investigativa, de la Universidad Externado de Colombia. Docente del Departamento de Derecho Público de la Universidad del Cauca, Popayán, Colombia. Correo electrónico: daviddelatorre84@hotmail.com. Fecha de recepción: 22 de mayo de 2014; Fecha de modificación: 12 de agosto de 2014; Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2014. Para citar el artículo: De la Torre Vargas, David (2014). "Fallos del mercado y regulación económica en los servicios públicos domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas", en *Revista Digital de Derecho administrativo*, n° 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 45-62.

servicios públicos domiciliarios, son un buen contexto para profundizar sobre el conocimiento de la esencia de la regulación económica, un aspecto inexplorado hasta ahora por los juristas.

Palabras Clave: Regulación Económica; Fallos del mercado; Servicios públicos; Fuentes del Derecho; Eficiencia económica.

Market failures and economic regulation in public utilities. Approaches to a discipline poorly understood by lawyers

ABSTRACT

Law and Economics find its highest point of interdependence on "Economic Regulation"; a discipline studied by economists for ages. But for a long time, jurists have only dealt with this discipline to solve the problems about its place in the system, or to analyze the powers of authorities that materialize the regulation. Nevertheless, lawyers have not gone to the essence of the regulation: market failures. Concepts such as free competition, natural monopoly, inelastic demand, and economic efficiency, among others, are part of the everyday life of the residential public utilities sector, which is a good context to increase the knowledge on the essence of economic regulation, still unexplored by jurists.

Keywords: Economic Regulation; Market Failures; Public Utilities.

INTRODUCCIÓN

¿Qué autoridad regula? ¿Cuál es su naturaleza? ¿Cuál es el régimen de sus actos? ¿Cuál es el régimen de sus servidores? ¿Son obligatorios sus pronunciamientos? ¿En qué nivel de la escala normativa y jerarquizada de fuentes del Derecho se encuentran las normas regulatorias? Todas estas han sido diferentes preguntas formuladas y respondidas por los juristas. Pero, increíblemente por lo obvio que parece, brillan por su ausencia respuestas dadas desde los escritos de los juristas a las preguntas: ¿Qué es la regulación? ¿Por qué se debe regular la Economía? ¿Tiene ello relación alguna con el Derecho?

La realidad nos demuestra que la respuesta a estos últimos interrogantes no puede ser construida con exclusividad desde las ciencias económicas. Las relaciones entre Economía y Derecho son más estrechas de lo que históricamente se ha creído y en los terrenos de la regulación económica se encuentra uno de los sectores en el cual la relación entre este y aquella no solo es tangencial o coincidente, sino, por el contrario de interdependencia, a tal punto

que realizar análisis de la Regulación económica prescindiendo de la Economía o del Derecho solo conduciría a resultados imprecisos. Así pues, regulación económica y Derecho se implican mutuamente.

En este sentido, han manifestado escritores conscientes de ello lo siguiente:

Hasta hace muy poco tiempo, juristas y economistas se ignoraban mutuamente, pero en los últimos años las cosas están cambiando. Los economistas –algunos destacados como HAYEK o STIGLER– han prestado creciente atención al sistema institucional en el que la economía se mueve. Juristas de gran autoridad como RICHARD POSNER han escrito páginas luminosas sobre el análisis económico del Derecho. Y alguno especialmente egregio como RONALD COASE, jurista de origen ostenta el premio Nobel de Economía, justamente por sus estudios sobre los derechos de apropiación y la eficiencia de las reglas del mercado. Hoy, todos hemos tomado conciencia de la estrecha relación entre el sistema económico y el sistema legal (ARIÑO, 2003: 46).

Por lo anterior, queremos dedicar estas líneas a realizar una aproximación a los fundamentos de la Regulación Económica, buscando con ello aportar elementos que permitan a los juristas volver sus ojos sobre temas que a los que históricamente no han dado el desarrollo profuso y científico que amerita el tema de la regulación económica; disciplina que para los economistas es bien conocida pero que para los abogados sigue aún inexplorada en su esencia.

Para ello, hemos dedicado especial atención a los escritos que desde la ciencia económica se han construido en torno de la regulación económica, basándonos para ello en autores reconocidos como JOSEPH STIGLITZ, GEORGES STIGLER, RICHARD A. POSNER, y destacados autores nacionales que han dedicado parte de su actividad académica a estos temas.

De igual forma, hemos querido tomar como campo de desarrollo de los temas que aquí abordaremos el sector de los servicios públicos domiciliarios, el cual, en su esquema actual, ofrece un importante tema para analizar la regulación económica, ya que conceptos como la eficiencia, la libre competencia, el monopolio natural, la demanda inelástica, son del diario devenir del sector, lo que ofrece unos importantes y atractivos elementos académicos al presente trabajo.

En este propósito, dedicaremos la primera parte del trabajo a realizar una aproximación a las relaciones existentes entre el Estado y la Economía, con la finalidad de evidenciar la profunda interacción que se presenta entre ellos, lo cual se manifestará a la postre cuando abordemos el tema de la regulación económica en concreto.

Posteriormente, nos detendremos en analizar los denominados *Fallos del mercado*, los cuales, no pude decirse otra cosa, son nada más ni nada menos que el fundamento de la regulación económica, y a los cuales –valga anotar a modo de reiteración– los juristas nunca han prestado la atención debida.

De esta manera, llegaremos a la regulación económica, deteniéndonos en su definición y diferentes enfoques, así como en sus principales manifestaciones en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

Finalmente, realizaremos unas consideraciones orientadas a evidenciar que la disciplina de la regulación económica es aún incomprendida o desconocida –por qué no– por gran proporción de los abogados.

Sea pues esta una oportunidad para aproximarnos a una disciplina que ha estado presente en el Derecho desde antaño pero que obstante es aún incomprendida por los juristas: la regulación económica.

1. EL ESTADO EN LA ECONOMÍA SUS PAPELES COMO AGENTE DE MERCADO Y SU PAPEL COMPLEMENTARIO

La importancia del Estado en la economía hoy es incuestionable, y aunque la forma como este actúa puede tener diferentes formas de expresión, nadie desconoce las relaciones entre una y otro. Ocurre que el Estado puede actuar en ocasiones como un agente económico más, esto es, produciendo o consumiendo bienes y servicios, o, en un plano complementario pero incidente en la economía, ejerciendo actos de soberanía, *verbi gratia* cuando actúa con su carga impositiva, o reglamenta las actividades económicas o cuando interviene directamente en el actuar económico en busca de un determinado fin.

El estudio del papel del Estado en la economía es consustancial al desarrollo de ella misma, a tal punto que a lo largo de la historia del pensamiento económico, las explicaciones del rol del Estado han estado siempre presentes; así, desde la explicación dada por la escuela mercantilista de los siglos XVIII y XIX, cuando se expresaba que el papel del Estado debía estar caracterizado por un fomento activo al comercio y a la industria, pasando por el ilustre pensar de ADAM SMITH quien a *contrario sensu* de lo anterior consideró que el papel del Estado en la economía debía ser lo más reducido posible, ya que la búsqueda de los intereses privados de cada individuo era la mejor vía para lograr el bien común, razón por la cual debía el Estado “dejar hacer” al sector privado y no regular su actividad económica.

De igual manera, diferentes eruditos² preocupados por las profundas y crecientes desigualdades sociales, buscaban reorganizar la sociedad y la distribución de la riqueza, lo hacían precisamente buscando redefinir el rol del Estado en el actuar económico. Es claro como, independientemente del papel

2 JOSEPH STIGLITZ en su libro *La economía del sector público* (2010) enuncia como tales a KARL MARX, SISONDI y ROBERT OWEN.

asignado al Estado en un determinado modelo económico, es siempre estará presente en las discusiones económicas.

Tan importante y estrecha es la relación ente la economía y el Estado que las caracterizaciones de los modelos de Estado han sido determinadas entre otros factores atendiendo también al criterio de su papel en la economía, encontrando así al Estado Liberal, al Estado Intervencionista y al Estado Neo-Liberal como claros testigos de ello.

Si bien en la actualidad toman mayor relevancia o protagonismo para el éxito de las economías modernas los mercados y los agentes privados, reconociéndose al Estado un importante papel complementario, no puede desconocerse que son muchas las facetas en las cuales el Estado aún actúa como agente productor de bienes y servicios.

Tal como lo manifiesta GEORGE STIGLER en su clásica obras obre la regulación económica:

The state –the machinery and power of the state– is a potential resource or threat to every industry in the society. With its power to prohibit or compel, to take or give money, the state can and does selectively help or hurt a vast number of industries. [...] The central tasks of the theory of economic regulation are to explain who will receive the benefits or burdens of regulation, what form regulation will take, and the effects of regulation upon the allocation of resources (STIGLER, 1971: 3-21) ("El Estado, puede ser un recurso o una amenaza para cualquier industria. Con su poder para prohibir u obligar, para tomar o dar dinero, el Estado puede ayudar o dañar selectivamente a gran número de industrias [...])

Las tareas centrales de la teoría de la regulación económica son explicar quién recibirá los beneficios o cargas de la regulación, qué forma tomará la regulación y los efectos de la misma sobre la asignación de recursos").

Precisamente, es en dicho papel complementario del Estado en la economía en el cual precisamente queremos detenernos, ya que uno de los grandes retos del Estado radica en adecuar sus instituciones para permitir un óptimo apoyo al mercado y promover así el crecimiento y el desarrollo económico.

Uno de los caminos para lo anterior es a través de la regulación económica, actividad en la que el Estado, a partir de una actividad complementaria a la actividad ordinaria de mercado, adopta medidas para corregir los denominados fallos del mercado.

Así las cosas, resulta importante realizar una aproximación a lo que se entiende por fallos del mercado. Es importante ver algunos casos en los que estos se presentan en los servicios públicos domiciliarios, para de esa manera introducirnos en el concepto de regulación económica y sus expresiones en dicho sector.

2. LOS FALLOS DEL MERCADO. MANIFESTACIONES EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Uno de los principales objetivos dentro de una economía moderna es alcanzar los mayores niveles de eficiencia: alcanzar lo que se denomina como un óptimo paretiano o punto óptimo de PARETO.

JOSEPH STIGLITZ (2000: 69) hace referencia a los óptimos de PARETO como "un cambio que mejore el bienestar de una persona sin empeorar el de alguna otra". Así las cosas, la búsqueda de eficiencia de los mercados está dada por la mayor medida de obtención de óptimos paretianos. En condiciones ideales, los mercados garantizan que las economías sean óptimas desde el punto de vista de PARETO. No obstante, inclusive mercados eficientes no siempre generan cambios mediante los cuales se beneficie a determinado grupo de personas sin que se afecten otras, es decir, no siempre los mercados funcionan de manera tal que siempre produzcan medidas óptimas en el sentido de PARETO.

Cuando dentro de un mercado eficiente se presentan situaciones que no representen óptimos paretianos, se dice que estamos en presencia de un fallo del mercado, caso en el cual se justifica la intervención del Estado en la economía a través de la regulación económica.

STIGLITZ identifica 6 casos que se consideran fallos del mercado:

- Fallo de la competencia.
- Bienes públicos.
- Externalidades.
- Mercados incompletos.
- Fallos de información.
- Paro, inflación y desequilibrio.

2.1 LOS FALLOS DE COMPETENCIA

Hacen referencia a aquellos eventos en los que no existe una competencia perfecta que, por ende, impide obtener un óptimo paretiano. Para que la competencia sea perfecta, se requiere que en un determinado mercado existan numerosas empresas, las cuales saben con certeza que no pueden incidir en la definición del precio de los productos ofertados. Sin embargo, es frecuente que en un determinado sector alguna o algunas pocas empresas tengan una amplia cuota del mercado, presentándose así el monopolio y el oligopolio.

Adicionalmente, existen casos en los cuales la competencia puede verse limitada, *verbi gratia* cuando en determinada actividad los costes medios de producción disminuyen a medida que una empresa produce más, lo que se denomina coste marginal decreciente, situación que lleva a que las grandes empresas tengan una situación competitiva más ventajosa sobre las pequeñas.

Situación que ocurre con frecuencia en la mayoría de servicios públicos donde inclusive se evidencia una clara tendencia al monopolio natural.

Existe un monopolio natural cuando los costos de producción son tales que para los demandantes del mercado es más barato obtener la producción de una empresa que de muchas. En esta situación es óptimo desde el punto de vista de costos que exista una empresa que muchas, ya que de lo contrario existiría una duplicación ineficiente y altamente costosa de activos fijos.

Nótese cómo es imprescindible el papel de la regulación en estos casos, como quiera que cualquier monopolio, privado o público, busca maximizar sus beneficios, lo que logra incrementando el precio de sus productos, reduciendo la producción o reduciendo la calidad del producto ofertado.

Si a lo anterior adicionamos que en el campo de los servicios públicos la demanda es por esencia inelástica, tenemos que la figura del monopolio es altamente nociva no solo para la eficiencia del mercado sino que los costes en términos de justicia social son prohibitivamente altos.

De otro lado, las tecnologías generalmente requeridas por las empresas de servicios públicos son altamente específicas y las inversiones en infraestructura por regla general no son recuperables.

2.2 FALLOS DEL MERCADO ORIGINADOS EN BIENES PÚBLICOS

Se presentan en aquellos casos en los que el mercado ora no produce bienes públicos, ora los produce en una proporción muy pequeña. Ello conduce a que se presenten situaciones de sub-consumo o de suministro ineficiente (STIGLITZ, Ob. cit.: 149), los cuales se originan en las características de rivalidad y exclusión de los bienes, como quiera que cobrar por un bien no rival impide que algunas personas disfruten de él, aun cuando el coste marginal de su disfrute sea cero (sub-consumo); de otra parte, no cobrar por un bien no rival llevará a que no exista interés en suministrarlo (suministro deficiente).

Para el caso de los servicios públicos, debemos mencionar que sus características son asimilables a las de los bienes privados, atendiendo sus niveles de exclusión y de rivalidad; no obstante, al ser suministrados por el Estado, se puede incurrir en eventos en los que se permita consumir tanto del servicio como el usuario desee, lo que claramente tiene una incidencia negativa, como quiera que cada unidad consumida tiene un costo marginal (obtención, tratamiento, refinamientos, potabilizaciones, transporte, redes).

2.3 FALLOS ORIGINADOS EN EXTERNALIDADES

Las externalidades son aquellos comportamientos de personas que inciden en la esfera de otra persona, ajena al comportamiento inicial. Si la incidencia del comportamiento reporta afectación o un costo, la externalidad es negativa.

Si por el contrario, la conducta incidente reporta un beneficio a quien recibe las consecuencias, hablamos de una externalidad positiva.

La contaminación ambiental es el ejemplo prototípico de las externalidades negativas, en tanto que la valorización por una construcción nueva claramente evidencia una externalidad positiva.

El sector de los servicios públicos es muy sensible a las externalidades negativas. Ejemplo de ello es lo que actualmente ocurre en Colombia con ocasión de numerosos incendios forestales que han consumido varias fuentes hídricas, o de periodos prolongados de sequías, lo que ha llevado a una escasez en el suministro de agua. De igual manera, los fenómenos climáticos actuales que han disminuido el nivel de precipitación pluvial (necesaria para acueductos y generación de energía hidroeléctrica) son un claro ejemplo de cómo las externalidades negativas son del diario devenir de los servicios públicos.

2.4 FALLOS ORIGINADOS EN MERCADOS INCOMPLETOS

Se presentan cuando el mercado no suministra en suficiente medida bienes privados aun cuando el coste de suministrarlo sea inferior al que los usuarios estarían dispuestos a pagar por él.

La falta de cobertura en los servicios públicos puede tomarse como ejemplo de uno de estos tipos de fallos, ya que, de una parte, la falta de redes de servicios públicos impide el desarrollo de otro tipo de mercados y, en ocasiones, para el productor no es suficientemente rentable llegar a determinados puntos con su cobertura, ya que económicamente dicha decisión puede no ser eficiente, razón por la cual se requiere de la actividad planificadora del Estado que estimule al empresario a ampliar su cobertura para satisfacer así la universalización del servicio, la cual, según voces de nuestra Carta Magna, es un imperativo en este sector.

2.5 LOS FALLOS ORIGINADOS EN FALTA DE INFORMACIÓN

JOSEPH STIGLITZ (Ob. cit.: 100) considera que la información en buena medida es un bien público, toda vez que suministrar esta a una persona más no disminuirá las cantidades que reciban las demás. Cuando la información en determinado sector es imperfecta, los mercados no funcionan de forma adecuada.

Este es uno de los fallos en los que más se pueden evidenciar falencias en terrenos de la prestación de servicios públicos domiciliarios, ya que la información que los prestadores suministran, las más de las veces, es incompleta. La forma de facturación, las tarifas, las condiciones de los contratos suscritos, han sido datos que gracias a la intervención regulatoria del Estado ha podido llegar con mayores niveles a los usuarios, no obstante, es mucho el terreno que aún está por cubrir en lo que a las fallas de la información se refiere.

2.6 FALLOS ORIGINADOS EN EL PARO, LA INFLACIÓN Y EL DESEQUILIBRIO

Hemos visto los principales fallos del mercado, lo que evidencia que los mercados no funcionan de manera perfecta por sí solos. Como dijimos antes, los fallos o distorsiones del mercado conllevan a una necesaria intervención del Estado para que se garantice la eficiencia de los mismos en el sentido paretiano. Veamos entonces qué es intervención, originada en los fallos del mercado y que hemos venido llamando regulación económica: en qué consiste y cuáles son sus principales características.

3. LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Cuando la gran tesis de la mano invisible del mercado y del marginamiento del Estado en la actividad económica se pone en entredicho como consecuencia del claro fracaso de los mercados por sí solos, surge la necesidad de reconocerle al Estado un nuevo papel en la economía. El Estado debe intervenir en los mercados para su eficiencia ante las numerosas y profundas fallas del mercado.

Es así como se reconoce entonces la necesidad y la capacidad del Estado para corregir las fallas que se presentaron.

Uno de los principales teóricos de la economía que entendió y manifestó cómo debía ser el papel del Estado en la economía fue el egregio JOHN MAYNARD KEYNES.

JOSEPH STIGLITZ (Ob. cit.: 14) se refiere a KEYNES y al papel del Estado en la economía y a su reconocimiento de la siguiente manera:

El gran economista inglés JOHN MAYNARD KEYNES, que escribió en medio de la gran depresión, creía firmemente que el Estado no solo debía intervenir para hacer frente a las depresiones económicas sino también que podía hacerlo. La creencia que el Estado debía y podía estabilizar el nivel de actividad económica acabó plasmándose en la legislación de Estados Unidos, en la Full Employment Act de 1946, por la que se creó al mismo tiempo el Council of Economic Advisers a fin de asesorar al presidente para lograr estos objetivos de la mejor manera posible.

En este orden de ideas tenemos claro que los mercados tienen fallas, y que para hacerles frente debe intervenir el Estado, y la herramienta es la regulación económica.

RICHARD A. POSNER (1975) define la regulación económica como un término que hace referencia a impuestos y subsidios de todo tipo, y a controles explícitos sobre las tarifas, la entrada y otros aspectos de la actividad económica.

La regulación puede entenderse también como acciones gubernamentales para evitar que el interés y la capacidad de manejo privado de agentes económicos lesionen el interés público.

La regulación es una respuesta a los fallos del mercado, busca corregirlos, en ocasiones a través de medidas generales (prohibición de monopolios) o en ocasiones a través de medidas muy concretas (medidas de separación e integración, control de precios, de inversiones, fijación de estándares y calidades mínimas).

La regulación, a su vez, puede ser estructural o comportamental. Estructural, cuando las medidas regulatorias recaen sobre las organizaciones o tipos de organizaciones que puedan desarrollar una determinada actividad económica. La regulación es comportamental cuando sus medidas se orientan a las diferentes conductas permitidas, ordenadas o prohibidas a las empresas o agentes dedicados a la actividad en concreto.

Por su parte, GASPARIÑO (2008: 588) ha definido la regulación económica de la siguiente manera, enfatizando su papel complementario y no principal dentro de los mercados:

La regulación, en general, hace su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Cuando éste funciona, no hay mejor regulación: determina cantidades, asigna precios, impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes a él concurren, y el Estado lo único que tiene que hacer es mantener el orden y la seguridad, hacer que se cumplan los contratos y –en algunos mercados asimétricos– proteger al consumidor.

En la exposición de motivos de la Ley 142 de 1994 se definió a la regulación económica de la siguiente manera:

La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor (Colombia, *Gaceta del Congreso*, 1992, n° 162).

En este orden de ideas, la regulación económica es uno de los mecanismos con los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad.

Por eso, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-389, ha dicho que

...la regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios,

sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la Ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia.

El profesor HUGO ALBERTO MARÍN (2010) señala que

...la "regulación" constituye una alternativa a otras estrategias de conformación social, de materialización de políticas públicas y de satisfacción de necesidades colectivas que han sido seguidas con mayor frecuencia en otros países –especialmente europeos– en los cuales se ha optado, por ejemplo, por la asunción directa de actividades económicas por parte del Estado o por la apropiación, por parte de éste, de medios de producción. Así pues, se ha explicado el fenómeno de la regulación en clave de "interés público" y de morigeración o evitación de los "fallos del mercado", por manera que la regulación constituye un mecanismo del Estado para asegurar la eficiencia –especialmente económica– allí donde las fuerzas del mercado –o de otra índole– no pueden conseguirla y, en consecuencia, se advierten distorsiones como el monopolio, la competencia excesiva, la competencia imperfecta y las externalidades (Colombia, Consejo de Estado, M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, 2008)

Ahora bien, veamos aquellos casos por los cuales la regulación económica no logra los fines perseguidos.

3.1 LOS FALLOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Si bien es cierto que la regulación económica obedece a los fallos del mercado y busca su corrección, existen determinadas situaciones que conducen a que ésta no logre su cometido. Stiglitz señala que los siguientes factores, son las causas en buena medida de los fallos de la intervención estatal:

- 3.1.1. *Información limitada*: cuando los gobiernos no cuentan con la información suficiente para tomar decisiones o para prever las consecuencias que de ellas se deriven.
- 3.1.2. *Control limitado de las empresas privadas*: en muchas ocasiones, el Estado interviene en un determinado sector, fijando condiciones generales dentro de este; no obstante, pese a esas normas generales el Estado no puede controlar el comportamiento de los agentes económicos en el desarrollo singular de sus actividades. Ejemplo de ello es cuando se fija un modelo tarifario determinado que remunere los costos de producción más la utilidad esperada. A pesar de la regulación del esquema tarifario, el Estado no puede controlar los costos de producción del empresario,

razón por la cual puede haber un incremento inesperado en la tarifa sin que se desconozca el modelo impuesto regulatoriamente.

- 3.1.3. *Control limitado de la burocracia*: en muchas ocasiones, la ejecución de una determinada norma regulatoria requiere del concurso de diferentes autoridades públicas, las cuales pueden no actuar eficientemente. Ejemplo de ello es cuando se encarga a una autoridad de orden municipal del control de una determinada medida. Por oportuna que la medida sea, si el ente encargado de vigilar su aplicación no es efectivo en dicho control, la medida adoptada jamás rendirá los frutos esperados.
- 3.1.4. *Limitaciones impuestas por los procesos políticos*: ocurre que muchas de las medidas que necesiten ser adoptadas en desarrollo de la regulación económica pueden ser impopulares y afectar a determinado conglomerado socialmente representativo o con gran poder de presión, casos en los cuales muchas veces la medida jamás será adoptada a fin de evitar una reacción adversa del grupo afectado, aunque los intereses que estuviesen en juego fueren de mayor valor en términos de equidad y justicia social.

4. EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO. LA COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA COMO PIEDRA ANGULAR DEL SISTEMA

El Constituyente de 1991 concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los fines del Estado Social de Derecho (Colombia, Constitución Política, art. 365), con el deber correlativo de una realización eficiente para todos los integrantes del territorio nacional, dada la estrecha vinculación que los mismos mantienen con la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, con la vida y la salud.

El alcance de la potestad de configuración del legislador en esta materia está determinado, a su vez, por el mandato del artículo 334 de la Constitución, que atribuye al Estado la dirección general de la economía, para lo cual habrá de "intervenir, por mandato de la Ley, [...] en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano".

Además, el ejercicio de esta potestad está orientado por varios deberes relevantes a la hora de regular los servicios públicos domiciliarios: i) el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (Constitución, art. 365); ii) el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (Constitución, art. 366); iii) el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (Constitución, arts. 365

y 367); y, iv) el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios (Constitución, art. 369).

Con el nuevo marco constitucional existente a partir de 1991, el modelo de los servicios públicos fue modificado sustancialmente para dar paso a un modelo de gestión cuyo paradigma es la libre competencia, la libertad de concurrencia y la eficiencia económica. Se considera en el nuevo modelo que la competencia es el método más eficaz para universalizar el servicio, pues amplía cobertura y baja tarifas.

El profesor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS (2009: 75) explica el cambio en el sistema de la siguiente manera:

La Ley 142 de 1994 adoptó para el sector de los servicios públicos domiciliarios el esquema de libre competencia y no el de la modernización del monopolio Estatal, ni el de la privatización convencional que se caracteriza por mantener los monopolios pero en manos de agentes privados. Esto cuando la competencia es de hecho posible; en los casos en que no, la Ley indica que el camino que se debe seguir es el de la competitividad orientada por la regulación económica buscando que los operadores monopólicos se comporten como proveedores eficientes en un escenario competitivo.

En otro apartado de su obra señala:

La competencia no debe promoverse como un fin en sí mismo, sino como un medio para favorecer los niveles de eficiencia entre los operadores, al lado de la promoción de la competencia deben establecerse políticas públicas tendientes a garantizar el acceso a los servicios por parte de los sectores más pobres de la población y que ellos se presten en condiciones de alta eficiencia y calidad (ídem: 183).

Naturalmente, esa competencia, si bien es pilar fundamental del nuevo esquema, no puede tomarse como la *última ratio* del mismo, pues la misma siempre y en todo momento debe estar bajo la constante supervisión del Estado, que deberá intervenir cuando quiera que ella falle.

En este sentido, resulta útil citar de nuevo a JOSEPH STIGLITZ (Ob. cit.: 69), quien considera que:

La mayoría de economistas (aunque no todos) están de acuerdo en que las fuerzas competitivas generan un elevado grado de eficiencia y en que la competencia estimula en buena medida la innovación. Sin embargo, en los últimos doscientos años han ido dándose cuenta de que existen algunos casos importantes en los que el mercado no funciona tan bien como insinúan sus más ardientes defensores. La economía ha atravesado períodos en los que ha habido un elevado paro y recursos ociosos; la gran depresión de los años treinta dejó sin empleo a muchos que deseaban trabajar; la contaminación ha invadido muchas de nuestras grandes ciudades, y la pobreza se ha instalado en sus suburbios.

El cambio introducido por el legislador colombiano mediante la Ley 142 de 1994 supera un modelo caracterizado por la prestación del servicio público como una actividad que por antonomasia debía ser desarrollado por un ente de naturaleza totalmente pública, donde solo era posible la gestión de un particular mediante el sistema de concesión, lo que cual era abiertamente excluyente, razón por la cual la presencia del monopolio era consustancial al modelo mismo.

Con el nuevo modelo se presenta el paso del monopolio, a la competencia; de la titularidad pública, a la libre iniciativa empresarial; del título habilitante, a la libertad de entrada; de tarifas fijadas administrativamente, a tarifas fijadas por el mercado con determinadas limitantes impuestas por el Estado; de usuarios cautivos, a la lucha por el usuario; de una regulación invasiva, a una regulación subsidiaria.

Tal como se manifestó *ut supra*, los servicios públicos en su mayoría presentan características de monopolio natural, por lo que se introduce además el esquema de la desintegración vertical de actividades, con el fin de evidenciar cuáles son naturalmente competitivas o naturalmente monopólicas. En aquellas donde la actividad tiende al monopolio, son objeto de regulación estatal, y las que no, se dejan en mayor medida libradas a las fuerzas del mercado. En casos de monopolio, se aplica una "regulación para la competencia": tan pronto esta exista, la regulación debe desaparecer.

Otra característica importante en el modelo actual de los servicios públicos domiciliarios es el de la libertad de entrada, con lo que se da apertura del sector a la iniciativa privada, en busca de pluralidad de oferentes del servicio, en condiciones de libre competencia al mercado, dándose una abolición cuando sea posible y, cuando no, una limitación a las exclusividades de los operadores y, fundamentalmente, partiendo de la base de la igualdad en las reglas de juego de las empresas, independientemente de su naturaleza pública o privada.

Así pues, debe garantizarse el libre acceso al mercado, por lo que se necesita mucho más que la eliminación de barreras jurídicas: se deben eliminar las barreras económicas y técnicas de entrada a los mercados, razón por la cual es imperioso garantizar el acceso a las infraestructuras, a la red a través de la cual se presta el servicio (interconexión de redes).

Se institucionaliza además la libertad de tarifas, tomando como punto de partida que mientras el sector sea competitivo, el mejor regulador es el mercado, evitando regular las tarifas de mercados emergentes. Solo se regulan tarifas cuando el prestador ejerza "poder de mercado", es decir, que fije tarifas por encima de las que fijaría un mercado competitivo. De igual forma, estas deberán tasarse partiendo de la base de que el prestador desarrolla su actividad con costos eficientes.

El éxito de lo anterior, depende en gran medida de la regulación económica en el sector.

5. EXPRESIONES DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

5.1 AUTORIDADES DE REGULACIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La autoridad encargada de realizar la regulación económica del sector de los servicios públicos domiciliarios son las comisiones de regulación. Estas tienen la connotación de ser orgánicamente consideradas como unidades administrativas especiales, las cuales, al tenor de lo dispuesto por la Ley 489 de 1998, son entidades que se encuentran adscritas o vinculadas a un ministerio cuya finalidad es la de desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o de un departamento administrativo.

Sea lo primero manifestar que en nuestro sentir resulta inapropiada la vinculación estrecha que existe entre las comisiones de regulación y el gobierno nacional. Lo anterior por cuanto los desarrollos de la disciplina de la regulación económica siempre han propugnado, desde sus orígenes, por radicar esta facultad en organismos independientes no vinculados o dependientes del gobierno, como en el caso de los Estados Unidos, donde las principales autoridades de la regulación económica son las *Independent Agencies*.

Sobre la independencia de este tipo de autoridades resulta pertinente citar lo expuesto por GASPAR ARIÑO (2004), quien sostuvo que la autoridad de regulación

...Debe ser realmente una autoridad independiente, separada del gobierno y del proceso político electoral: con independencia tanto del poder económico (de las empresas que actúan en el sector y de los muchos intereses económicos que se ponen en juego) como del poder político, sindical, o de cualquier otro tipo.

5.2 MANIFESTACIONES DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Dentro de las funciones asignadas a las comisiones de regulación encontramos que las mismas pueden considerarse como i) Funciones arbitrales o de resolución de conflictos entre los distintos agentes del mercado; ii) Funciones ejecutivas, entre las que pueden destacarse: regulación de precios y fijación de tarifas, concesión de licencias y autorizaciones de instalaciones, supervisiones de estándares y condiciones de servicios, y supervisión de la conducta de las empresas en el mercado; iii) Funciones operativas, referentes a la solicitud de información a las empresas, inspecciones y sanciones, y iv) Funciones de desarrollo normativo a través de circulares, directivas e instrucciones.

6. CONCLUSIÓN

LA INCOMPENSIÓN JURÍDICA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Uno de los principales inconvenientes que en la actualidad existen en nuestro ordenamiento jurídico es que los juristas jamás nos hemos detenido a reflexionar de manera profunda sobre la regulación económica.

Las disquisiciones que en torno a ella se han realizado, han estado principalmente circunscritas a la ubicación de la normas regulatorias dentro del sistema jerarquizado de fuentes del Derecho, al análisis estructural u orgánico de las autoridades de regulación, del control jurisdiccional de las decisiones de los entes reguladores, pero, aunque a ojos de cualquier profesional de otro campo del conocimiento sería lo primero y más obvio, nunca los juristas se han dedicado con el ahínco destinado a otras materias, a entender, comprender y responder qué es la regulación económica. Tema en el cual las relaciones de la ciencia económica y la ciencia jurídica encuentran su mayor nivel de penetración e interdependencia, a tal punto que no es posible conocer la una sin estudiar la otra: sus relaciones son permanentes, profundas e indivisibles si se quiere estudiar con el rigor necesario esta disciplina.

La regulación económica y sus consecuencias no pueden seguir siendo estudiadas de la manera tradicional como se abordan las diferentes normas jurídicas, sino que se requiere de una mentalidad nueva, capaz de fusionar conceptos propios de la economía e introducirlos al Derecho, así como también se requiere que los nuevos conceptos jurídicos se incorporen a la tradición académica de los economistas.

Así pues, regulación y Derecho se implican mutuamente. Actúan en pro de un fin: la eficiencia económica y la justicia. El resultado final de esa combinación será diferente a la suma de las partes: ni la mentalidad jurídica ni la económica, por sí solas, servirán para entenderlo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANZOLA GIL, MARCELA y LIZARAZO RODRÍGUEZ, LILIANA (2004) "Regulación Autorregulación y desregulación", en *La Regulación Económica. Tendencias y desafíos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- ARIÑO, GASPAR (2008). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1ª reimp.
- ARIÑO, GASPAR (2004) "Políticas Regulatorias en Iberoamérica", en *La Regulación Económica. Tendencias y desafíos*. Bogotá: Universidad del Rosario.

- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO (2009). *Servicios Públicos Domiciliarios, Proveedores y Régimen de Controles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1ª ed. reimp.
- BERNAL FORERO, PEDRO IGNACIO (2010). "Liberalización y regulación: balance europeo y tendencias colombianas", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n° 3. Primer Semestre de 2010. Universidad Externado de Colombia. Disponible en http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymouse?guest_user=de_radmin&NavigationTarget=navurl://b7c1be03eb50f9668f68894b4b72238d.
- BETANCUR, LUIS IGNACIO (2004). "Política pública y regulación en algunos Servicios Públicos", en *La Regulación Económica. Tendencias y desafíos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- GIL BOTERO, ENRIQUE (2010). "La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n° 3. Primer semestre de 2010. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymouse?guest_user=de_radmin&NavigationTarget=navurl://b7c1be03eb50f9668f68894b4b72238d
- IBÁÑEZ NAJAR, JORGE ENRIQUE (2003). "Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria. La división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario", en *Revista Universitas II*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- JIMÉNEZ PERDOMO, GUSTAVO (1997). "La regulación: Una nueva profesión, tan mal entendida y vilipendiada como la más antigua". Publicado en "Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico", en *Revista de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico* n° 2. Bogotá.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO (2010) "Norma regulatoria: ¿mito o realidad?", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n° 3. Primer semestre de 2010. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymouse?guest_user=de_radmin&NavigationTarget=navurl://b7c1be03eb50f9668f68894b4b72238d.
- POMBO, CARLOS (2004). "Regulación de Monopolios naturales con información Asimétrica", en *La Regulación Económica. Tendencias y desafíos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- POSNER, RICHARD A. (1975). *Theories Of Economic Regulation*. Center for Economic Analysis of Human Behavior and Social Institutions. New York: National Bureau of Economic Research.

- RAMÍREZ GÓMEZ, MANUEL (2004). "Regulación y mercado", en *La Regulación Económica. Tendencias y desafíos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- SPILLER, PABLO (1997). "Costos y beneficios de la regulación", en *Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico* n° 2. Bogotá: Revista de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.
- STIGLER, GEORGE J. (1971). "The Theory of Economic Regulation", en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n° 1, Spring.
- STIGLITZ, JOSEPH (2000). *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch.
- VOGELSANG, INGO (2002). "Incentive Regulation and competition in public utility markets: a 20-year perspective", en *Journal of Regulatory Economics*. Amsterdam. Disponible en <http://www.springerlink.com/content/q46p786883364551/fulltext.pdf>.