

La Ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho¹

LUIS EDUARDO AMADOR CABRA²

RICHARD RAMÍREZ GRISALES³

luis.amador@uexternado.edu.co; richardsteve@yahoo.com

RESUMEN

El programa de reformas estructurales de los servicios públicos se caracterizó por remover las estructuras que no permiten el libre funcionamiento de los mercados, para lo cual se eliminó el monopolio del Estado en la prestación y se diseñó un sistema que le permite al usuario escoger libremente entre agentes privados y operadores públicos. Así mismo, se desarrolló un modelo tarifario en el cual los usuarios pagan el costo del servicio y se señaló un sistema de subsidios. Igualmente, se separaron los roles de regulación de los de vigilancia y control. En general, el Estado modificó el grado de intervención y asumió un papel más activo en la regulación de los servicios públicos. El modelo de servicios públicos, inspirado en la Constitución de 1991 y consagrado en la Ley 142 de 1994, permitió la redefinición del esquema institucional, con nuevas reglas de juego con el fin de atraer, ampliar y modernizar la infraestructura existente mediante nueva inversión privada gracias al

mayor protagonismo del mercado en la asignación de los recursos, bajo una concepción de un Estado más eficiente.

Bajo este contexto, el presente artículo tiene como objetivo realizar un estudio de la Ley 142 de 1994, desde la óptica del análisis económico del derecho, con el fin de identificar los incentivos y las propuestas de carácter económico que subyacen a ella. El trabajo destaca las afinidades y vínculos entre el Análisis Económico del Derecho y la teoría microeconómica. Así mismo, estudia los postulados económicos esenciales del régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios frente a los objetivos perseguidos por el legislador y los medios para su consecución. Se demuestra como el sistema legal actúa como un modelo de incentivos que guía y alienta el comportamiento de los agentes racionales a conseguir objetivos de eficiencia y maximización que caracteriza a la mencionada Ley.

Palabras claves: Análisis Económico del Derecho, Ley 142 de 1994, Tarifas

ACT 142 OF 1994 FROM A PERSPECTIVE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

ABSTRACT

The program of structural reforms of public services is characterized by removing the structures that do not allow free operation of markets, which eliminated the state monopoly in the provision and designed a system that allows the user to choose freely between private and public operators. Also, we developed a tariff model in which users pay the cost of service and noted a system of subsidies. Also separated the roles of regulation of surveillance and control. In general, the State amended the degree of intervention and assumed a more active role in the regulation of public services. Utility model, inspired by the 1991 Constitution and enshrined in Law 142 of 1994, allowed the redefinition of the institutional framework, with new rules to attract, expand and modernize the existing infrastructure through new private investment thanks to the increased role of market in allocating resources within a context of a more efficient.

In this context, this article aims to conduct a study of the Law 142 of 1994, from the standpoint of economic analysis of law, to identify incentives and economic proposals that underlie it. The paper highlights the affinities and links between economic analysis of law and microeconomic theory. It also examines the key economic assumptions of the rate system of public services against the objectives pursued by the legislator and the means to achieve them. It demonstrates how the legal system acts as an incentive model that guides and encourages

the behavior of rational agents to achieve goals and maximize efficiency that characterizes the said law.

Keywords: Economic Analysis of Law, Law 142 of 1994, Rates

INTRODUCCIÓN

En los años ochenta, el modelo de prestación estatal de los servicios públicos domiciliarios entró en crisis. En este periodo se hicieron palpables las ineficiencias derivadas de las relaciones de clientela que durante muchos años había corrompido el sistema; esto se tradujo en tarifas que no cubrían el costo de prestación, baja cobertura, pobre continuidad y deficiente calidad.

Era tal la problemática en la prestación de los servicios públicos, y en especial de los domiciliarios, que el constituyente desarrolló directamente la materia en el Capítulo V del Título XII. Para los efectos de este artículo, se resaltan tres de los elementos esenciales en la nueva configuración constitucional de los servicios públicos. Por una parte, el constituyente supeditó al desarrollo legislativo la posibilidad de que la prestación de los servicios públicos se hiciera no solo por el Estado, directa o indirectamente, sino también por las comunidades organizadas y por los particulares (Artículo 365). Por otra parte, el constituyente reservó al Estado la competencia regulatoria del sector de los servicios públicos (Artículo 365). Finalmente, señaló los tres criterios básicos que debería tener en cuenta el legislador al establecer el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios: costos, solidaridad y redistribución de ingresos (Artículo 367)⁴.

Aquellos tres aspectos fueron especialmente desarrollados por el legislador en la

Ley 142 de 1994 o Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante RSPD)⁵. El presente artículo tiene como objetivo realizar un estudio sistemático de esta ley, desde la óptica del análisis económico del derecho (en adelante AED), con el fin de identificar los incentivos y las propuestas de carácter económico que subyacen a ella. Para cumplir con este propósito, el trabajo se desarrolla en cuatro apartados. En el primero, se destacan las afinidades y vínculos entre el AED y la teoría microeconómica; igualmente se justifica la utilización del AED para los fines del presente ensayo. En el segundo, se estudian los supuestos microeconómicos en que se fundamenta el RSPD. En el tercero, desde una óptica de análisis económico del derecho, se establecen los fines perseguidos por el legislador con el RSPD y los medios para su consecución. Finalmente, se estudian los postulados microeconómicos esenciales del régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios.

1. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA TEORÍA MICROECONÓMICA

El análisis económico del derecho (*Law and Economics*, por su denominación común en el derecho anglosajón) es una metodología que tiene por objeto analizar la formación, estructura, procesos e impacto económico de las normas e instituciones jurídicas por medio de la aplicación de la teoría económica –principalmente la microeconómica y los conceptos básicos de la economía del bienestar (MERCURO y MEDEMA, 2006: 1)⁶. Ésta se empieza a concebir modernamente con la publicación, primordialmente, de las siguientes tres obras: *El problema del costo social* (*The Problem of Social Cost*)⁷ de RONALD

COASE, cuyas ideas centrales habían sido esbozadas en el artículo *La Naturaleza de la empresa* (*The Nature of the Firm*), publicado en 1937, en el cual se explica que cualquier asignación de recursos genera costos de transacción. La obra de GUIDO CALABRESI, en 1970, *El costo de los accidentes* (*The Cost of Accidents*) y la publicación, en 1974, del libro *Análisis económico del derecho* (*Economic Analysis of Law*), del juez RICHARD POSNER.

El aspecto transversal de estas obras fue la utilización de conceptos del razonamiento económico, especialmente del análisis microeconómico, para el estudio de materias jurídicas. En la actualidad, algunos de los textos más emblemáticos y divulgados sobre la materia son los de RICHARD POSNER (2007: 1.120), ROBERT COTTER y TOMAS ULEN (2002) y ANDRÉS ROMER (2000), los cuales resaltan la importancia del análisis microeconómico como metodología para el estudio de una variedad de problemas jurídicos.

El AED, como propuesta metodológica, privilegia el uso de herramientas matemáticas, econométricas (ROMER, 1994: 5-6) y métodos propios del razonamiento microeconómico, para analizar los problemas jurídicos. Esta corriente suele recurrir a categorías desarrolladas por la teoría neoclásica y la teoría institucional, tales como la eficiencia, las preferencias, los costos de transacción, las externalidades, la maximización de la ganancia y el análisis costo-beneficio, entre otros. Con base en estas categorías se han estudiado múltiples instituciones jurídicas, entre otras, el derecho de la competencia, la responsabilidad civil, los mercados financieros, el proceso judicial, la constitución, el contrato, la propiedad, el crimen y el delito.

Las dos teorías básicas para el estudio de las instituciones y los problemas jurídicos, desde la óptica del AED, son la teoría positiva y la teoría normativa. La teoría positiva del análisis económico del derecho, en términos de POSNER (2000a: 28), "es el intento de explicar las reglas y los resultados legales tal como son"; la perspectiva normativa busca "argumentar qué debe ser (el derecho)", para mejorar las reglas y resultados legales (POSNER, 2000: 28). Así, para POSNER (Íbid), "la distinción entre *positivo* y *normativo*, entre explicar el mundo como es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor, es básica para entender el movimiento del AED". En consecuencia, el AED en su expresión más general, al aplicar el razonamiento microeconómico al derecho, no pretende reemplazar la lógica jurídica sino complementarla, de tal forma que los operadores jurídicos pueden interpretar las normas, justificar las decisiones y adelantar iniciativas normativas con fundamento.

1.1. El papel de las normas como incentivos

La economía, como ciencia de la elección racional en un mundo en el que los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas, tiene por objeto, tal como lo ha resaltado POSNER (2007: 25), explorar "las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones"⁸, esto es, su utilidad. Los individuos o agentes, en su proceder racional, establecen sus propias ordenaciones y alcanzan de manera soberana, según sus preferencias⁹, su máximo beneficio. Los productores buscan maximizar su ganancia y los consumidores, maximizar sus preferencias, la ganancia del

productor y el hedonismo del demandante actúan como una unidad que interactúa en el mercado, para lo cual cada uno estudia sus alternativas y elige la más rentable.

El comportamiento de los agentes económicos en el mercado al elegir el nivel de consumo o de producción depende de un conjunto de instituciones formales e informales, como las normas, los reglamentos y las costumbres, que crean incentivos o desincentivos y conducen a los actores económicos a tomar decisiones que les permiten sacar el máximo provecho posible de su participación en el mercado¹⁰.

En efecto, como bien lo señala POSNER (2007: 26), "el concepto del hombre como un ser racional que tratará de aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si cambian las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando sus comportamiento, lo hará así". Estos incentivos al comportamiento del hombre racional pueden ser inducidos por las normas jurídicas.

Cuando un agente respeta o quebranta una norma recibe una recompensa o incurre en un costo (precio) derivado de dicho comportamiento. Por ello se afirma que las leyes crean precios implícitos (COTTER y ULLEN, Op. cit.: 15) para tipos diferentes de conductas. La forma de análisis precedente es análoga a la metodología utilizada en la economía para explicar cómo el incremento o disminución del precio es una señal para los agentes en el mercado y cómo el sistema de información tiene un impacto sobre la cantidad ofrecida o demanda.

Ahora bien, los incentivos económicos que pueden generar las normas, al modelar el comportamiento humano, por ejemplo, para la obtención de determinados objeti-

vos de política pública¹¹, pueden ser muy variados (BEJARANO, 1999: 157). En estos términos, las normas jurídicas no son solo preceptos establecidos por una autoridad en ejercicio de sus competencias o, como lo denomina ZANOBINI (1954: 19), la acción mediata del Estado, por medio de la cual se regula la conducta de los distintos asociados, "ya sea prohibiendo ciertas acciones que pueden representar daño o peligro para dichos intereses [...]; o bien, permitiendo expresamente alguna actividad, reconociendo ciertos derechos y facultades, estableciendo las condiciones para la adquisición y conservación de estos últimos".

Las normas son más que eso, son instrumentos que permiten el cumplimiento de propósitos sociales; el AED permite predecir y medir los diferentes impactos de las normas, tanto positivos como negativos, sobre el bienestar de la sociedad¹². En efecto, debidamente aplicada esta metodología permite identificar y corregir un amplio número de disfunciones (Íbid: 61) en el mercado, utilizando instrumentos de intervención estatal.

Es por ello que uno de los propósitos del AED es identificar cuáles son las normas e instituciones que permiten mejorar el funcionamiento del mercado y maximizar la riqueza social. Es decir, las normas, al establecer los derechos de propiedad, hacer cumplir los contratos, disminuir los riesgos y señalar los compromisos, se convierten en mecanismos complementarios del mercado al posibilitar una mejor asignación de recursos, optimizar la eficiencia y maximizar el bienestar. El sistema jurídico como modelo de incentivos guía y alienta el comportamiento de los agentes racionales a conseguir objetivos de eficiencia y maximización¹³, característica connatural al RSPD.

1.2. Justificación de la utilización del análisis económico del derecho en el presente estudio

La utilización en este trabajo del análisis económico del derecho se justifica por la contribución que sus respuestas han dado al siguiente interrogante: "¿de qué manera las fuerzas sociales determinan y dan forma al derecho?" (KITCH, 2000: 51). Esta pregunta puede a su vez dividirse en otras dos más específicas, aplicadas al campo que nos interesa, y a las que el análisis económico del derecho trata de dar respuesta: ¿cuál es el comportamiento de los individuos frente a las normas, en este caso, aquellas contenidas en el RSPD, determinado por su componente o consecuencias económicas? y ¿cuál debería ser el contenido de las normas jurídicas que regulan la prestación de los servicios públicos domiciliarios, determinado por sus consecuencias económicas?¹⁴.

El AED se fundamenta en un modelo antropológico que atribuye un sentido económico a las conductas de las personas (COSSÍO DÍAZ, 2002: 13, 17). Esta atribución se hace externamente, esto es, se atribuye tal sentido con prescindencia de la voluntad interna del sujeto. Así, en términos de COSSÍO DÍAZ (Íbid: 13), "no importa que, en principio, la persona esté llevando a cabo una 'conducta política' o una 'conducta antropológica', pues en uno u otro caso es factible suponer (y por ello atribuir significado o sentido) que tal conducta pretende maximizar una utilidad o reducir un costo".

Con fundamento en aquel modelo, se afirma que los individuos eligen entre las diversas opciones posibles la que mayor beneficio les reporta al menor costo posible, esto es, la que permite maximizar una utilidad o reducir un costo¹⁵. Para COOTER y

ULEN (Op. cit.: 24), la maximización puede describirse matemáticamente como la elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones, para la toma de una decisión. En otros términos, la maximización sugiere que las personas tratan de obtener lo que más pueden, pero no cualquier cosa. Con fundamento en el supuesto de maximización racional, los doctrinantes del AED dan respuesta a las dos preguntas específicas formuladas *supra* y es el punto de partida para el estudio que en el presente ensayo se acomete.

En relación con la primera, el AED sugiere que la existencia de cierto contenido económico dado es intrínseca a la norma jurídica. En otros términos, esta teoría sostiene que la norma jurídica, tácitamente, tiene un costo implícito que puede determinar la maximización de las utilidades de los individuos. Frente a la segunda pregunta específica, ¿cuál debería ser el contenido de las normas jurídicas?, el análisis económico del derecho perfila una respuesta dentro del marco de su principal fundamento: la maximización racional de los beneficios derivados del intercambio, es decir, la generación del mayor beneficio al menor costo posible¹⁶.

Lo anterior significa que cualquier agente racional¹⁷ toma una decisión de consumo e inversión solo si el beneficio es mayor que el costo. En consecuencia, el análisis costo-beneficio mide el impacto de las normas al tener en cuenta los objetivos de eficiencia económica y de bienestar de la sociedad. El RSPD trató de generar los incentivos adecuados para la consecución de unas determinadas finalidades de interés público: ampliación de la concurrencia de los prestadores, fomento de la competencia, aumento de las inversiones, expansión de

cobertura y calidad, suficiencia financiera de las empresas, distribución de los aumentos de productividad y promoción de la igualdad efectiva al acceso a los servicios públicos domiciliarios.

Con fundamento en tal concepción, es posible aplicar el AED al RSPD para estudiar como esta norma genera incentivos o desincentivos en el comportamiento de los agentes económicos y establecer si tal marco normativo ayuda o no a conseguir la eficiencia o qué situación genera mayor bienestar social e individual de acuerdo con la valoración de los costos y beneficios derivados directa e indirectamente de tal regulación¹⁸. En efecto, de la APLICACIÓN de la teoría de los precios a las normas contenidas en el RSPD se sigue que estas últimas producen incentivos que modifican la conducta de los agentes, por cuanto los actores económicos responden a tales incentivos. Las normas contenidas en el RSPD, entonces, se constituyen en señales que afectan en favor o en contra la toma de decisiones, como en seguida se hace explícito.

2. SUPUESTOS MICROECONÓMICOS EN QUE SE FUNDAMENTA EL RSPD

El presente apartado tiene por objeto develar los supuestos microeconómicos en los cuales se fundamenta la Ley 142 de 1994. Asimismo sirve como fundamento a las ideas que decantan en el numeral 3, en el cual se estudian detenidamente los fines y medios consagrados en el RSPD y que tienen por objeto permitir que el Estado asegure el cumplimiento sus fines sociales en materia de servicios públicos domiciliarios, particularmente señalados en el inciso primero del Artículo 366 de la Constitución.

2.1. La visión económica del usuario (la demanda) en la Ley 142 de 1994

La teoría económica supone que los individuos tienen preferencias por la demanda de bienes y servicios, y sostiene que en la medida que tengan mayores consumos tendrán un mayor bienestar. Desde la perspectiva del AED, el comprador buscará maximizar su utilidad o satisfacción sujeto a un sinnúmero de restricciones: la tarifa, el ingreso, el precio de los servicios sustitutos, los gustos, la continuidad, la calidad, el consumo, entre otros.

En el caso de los servicios públicos, el usuario maximiza el consumo por las cantidades requeridas incluidas en la función de utilidad $U = U(q_1, q_2, q_3, \dots, q_n)$ sujeto a una restricción de ingreso I y a unas tarifas T - f ($t_1, t_2, t_3, \dots, t_n$) establecidas por el mercado o reguladas por el Estado.

Con el propósito de simplificar la exposición, la demanda se construye bajo la premisa de que el consumidor maximiza la utilidad (ésta disminuye cuando aumenta el consumo). Esta caracterización se plantea en forma matemática cuando el consumidor maximiza la utilidad $U = U(q_1, q_2, q_3, q_4, \dots, q_n)$.

Donde X_i denota la cantidad del servicio i sujeto a la restricción presupuestaria

$$\sum_{i=1}^n T_i Q_i = I$$

Donde

I : Restricción presupuestaria del consumidor

T_i : Tarifa del servicio i

Q_i : Cantidades consumidas i

Para resolver el problema de optimización se forma el Lagrange¹⁹.

Donde:

$$= U(q_1, q_2, q_3, \dots, q_n) + \lambda \left[I - \sum_{i=1}^n T_i Q_i \right]$$

Así, λ es un multiplicador de Lagrange.

La asignación óptima del ingreso dado I se obtiene igualando a cero las primeras derivadas parciales²⁰ con respecto a L :

$$\frac{\partial L}{\partial q_i} = \frac{\partial U}{\partial q_i} - \lambda T_i = 0 \quad i=1,2,3,4,\dots,n$$

$$\frac{\partial L}{\partial \lambda} = I - \sum_{i=1}^n T_i Q_i = 0$$

Las condiciones de primer orden se resuelven para obtener las cantidades óptimas de las mercancías. Esto permitirá encontrar la demanda individual de cada bien como función de la renta I de todos los precios. La ecuación anterior garantiza que se gasta toda la renta del consumidor. Dado que las n ecuaciones se pueden escribir como:

$$\frac{\frac{\partial U}{\partial q_i}}{T_i} = \lambda$$

Y λ es una constante, se puede concluir que la optimización requiere que

$$\frac{\frac{\partial U}{\partial q_1}}{T_1} = \frac{\frac{\partial U}{\partial q_2}}{T_2} = \frac{\frac{\partial U}{\partial q_3}}{T_3} \dots = \frac{\frac{\partial U}{\partial q_n}}{T_n}$$

Este cociente se puede interpretar $\frac{\partial U}{\partial q_i}$ como el aumento de la utilidad total que obtiene el consumidor como producto de una unidad adicional de q_i .

En otros términos, la optimización muestra que el último peso gastado en un bien o servicio produce el mismo nivel de satisfacción. Es decir, el consumidor gastará su ingreso en forma óptima cuando la utilidad marginal de cada servicio se iguale a su tarifa. Este cociente también permite concluir que la tasa marginal de sustitución del consumo TMS_c o el cociente de las utilidades se iguala a sus tarifas relativas que se denomina la tasa de sustitución del mercado TMS_m

2.2. La visión económica de los prestadores (la oferta) en la Ley 142 de 1994

Los prestadores encarnan sus predilecciones de producción por medio de la función de oferta. Esta muestra el comportamiento del productor por maximizar el beneficio, que depende de las siguientes variables: la tarifa del servicio $T = f(t_1, t_2, t_3, \dots, t_n)$, las cantidades producidas $Q = q(q_1, q_2, q_3, \dots, q_n)$, el precio de los insumos, los coeficientes técnicos, la tecnología y el cambio técnico.

Dicho agente, el productor, maximiza la producción como resultado de la optimización de las fronteras de producción y de costo. Tal hecho ocurre cuando la tarifa se iguala al costo marginal. Esta decisión se demuestra con una breve notación matemática. De acuerdo con la teoría de la empresa,

el productor elige la combinación de los factores de producción que minimizan el costo (CT) que se representa como sigue:

$$CT = P_1 X_1 + P_2 X_2 + P_3 X_3 + \dots + P_n X_n = \sum_{i=1}^n P_i X_i$$

P_i : Precio del insumo i

X_i : Cantidad del insumo i

Aquella combinación está sujeta a la restricción de que el producto total sea igual a una cantidad dada, así:

$$Q_i - f(X_1, X_2, X_3, \dots, X_n)$$

Por tanto, el multiplicador de Lagrange es el siguiente:

$$L = \sum_{i=1}^n P_i X_i + \lambda [Q - f(X_1, X_2, X_3, \dots, X_n)]$$

Así, entonces, el costo total de producir Q se minimiza igualando a cero cada una de las primeras derivadas parciales:

$$\frac{\partial L}{\partial X_i} = P_i - \lambda \frac{\partial f(X_1, X_2, X_3, \dots, X_n)}{\partial X_i} = 0 \quad i=1, 2, 3, 4, \dots, n$$

$$\frac{\partial L}{\partial \lambda} = Q - f(X_1, X_2, X_3, \dots, X_n) = 0$$

Dado que $\frac{\partial f(X_1, X_2, X_3, \dots, X_n)}{\partial X_i}$ es el producto marginal del factor i sabemos que

$$\frac{P_i}{PM_i} = \lambda \quad i=1, 2, 3, 4, \dots, n$$

Por lo tanto, se obtiene la optimización en la siguiente ecuación:

$$\frac{P_1}{PM_1} = \frac{P_2}{PM_2} = \frac{P_3}{PM_3} = \dots = \frac{P_i}{PM_i}$$

Esta ecuación nos muestra que si la empresa está minimizando sus costos producirá las cantidades de factores que igualan a su precio. De ocurrir que uno de los dos factores es más barato que el otro, la empresa sustituirá el de más bajo costo por el oneroso, con lo cual la firma reducirá su costo. Esto significa que λ mide cuanto aumenta o disminuye el costo (costo marginal) si se produce una unidad adicional.

La optimización implica que la tasa marginal de sustitución técnica de la producción TMS_c , o el cociente de las productividades marginales de los factores (tierra, trabajo, capital), se iguala a los precios relativos de cada factor (salarios, tasa de interés o costo del factor capital, renta de la tierra), o tasa de sustitución del mercado de factores TMS_f . Lo anterior significa que un cambio en una unidad producida explicada por una variación de los precios de los factores produce una variación en el costo total.

De acuerdo con lo anterior, es posible relacionar la eficiencia productiva, el costo marginal y la función objetivo de la firma, es decir el beneficio, así:

$$\pi = P \cdot f(Q_1, Q_2, Q_3, \dots, Q_n) - \sum_{i=1}^n W_i Y_i$$

Donde:

$f(Q_1, Q_2, Q_3, \dots, Q_n)$: Función de producción

π : Nivel de beneficio

Y_i : Cantidad del factor i (número de trabajadores, cantidad de *stock* de capital, hectáreas de tierra)

W_i : Precio del factor i (salarios, tasas de interés, renta de la tierra).

Las condiciones necesarias para la maximización del beneficio son las siguientes:

$$\frac{\partial \pi}{\partial Q_i} = P \frac{\partial f}{\partial Q_i} - W_i = 0$$

La optimización exige la contratación de factores hasta que el valor de su producto marginal iguale a su precio como antes se señaló. Las condiciones de la anterior ecuación se presentan cuando

$$P = \frac{W_i}{\frac{\partial f}{\partial Y_i}} \quad i=1, 2, 3, 4, \dots, n$$

Ello significa que la tarifa es igual al costo marginal o incremental de producir el servicio respectivo (VARIAN, 1992: 80-83), lo que permite generar una asignación eficiente de recursos que maximiza el bienestar colectivo. Con ello, los demandantes pagan la tarifa que cubre el costo, revelen su disposición a pagar y los niveles de cantidades que requieren, lo que significa que el beneficio asignado por cada uno de ellos es igual al costo de producirlos (DEWEES, 2002: 587- 598).

La consecuencia más importante del modelo es que los oferentes que rivalizan en un mercado determinado pueden conseguir no solo la eficiencia económica sino la eficiencia técnica y de escala (WITKER,

2005: 63)²¹. La eficiencia técnica se logra cuando se maximiza la producción a partir de un conjunto de insumos. La eficiencia de escala se alcanza en la medida en que la firma elige la combinación de productos de manera que el cociente de precios se iguale al de los costos marginales y la firma optimiza su operación y produce a mínimo costo, como se demuestra seguidamente para el caso de la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

La metodología tarifaria desarrollada en el RSPD vincula en forma directa el cálculo de los costos económicos del servicio, incluyendo una tasa de retorno del capital invertido²². Por tanto, la tarifa que el productor cobra al usuario está definida de acuerdo con la optimización microeconómica del productor, que incluye los costos fijos y variables. Los primeros suponen reconocer que algunos componentes del costo por prestar el servicio dependen de la disponibilidad del mismo, independiente de su uso, y que son necesarios para garantizar el servicio al usuario²³.

Los segundos, un costo por unidad de consumo que refleja las variaciones con el nivel de consumo y demanda del servicio²⁴. La consideración de estos últimos en la metodología tarifaria se justifica porque a medida que se incorporan nuevos usuarios se disminuye el costo medio²⁵ y se logran economías de escala. Es por ello que para determinar el nivel de producción al que la curva de costo medio alcanza su punto mínimo se calcula la derivada del costo medio respecto de q_i y se iguala a cero:

$$\frac{\partial CM(q)}{\partial q} = \frac{\partial CT(q)}{\partial q} \cdot \frac{1}{q} = \left[\frac{\partial CT(q)}{\partial q} = \frac{CT(q)}{q} \right] \frac{1}{q} = 0$$

Esta condición se cumple para el nivel de producción q_i en el que

$$\left[\frac{\partial CT(q)}{\partial q} = \frac{CT(q)}{q} \right] \text{ o } Cmg = Cme$$

Por lo tanto, la condición de segundo orden muestra como la curva del coste medio alcanza su mínimo cuando el costo medio y marginal se igualan para q_i . Sin embargo, en el evento en que los operadores no llegaran a presentar economías de escala, los consumidores tendrían que pagar tarifas más altas. Para evitar que esta situación se presente, el RSPD previó algunos mecanismos de regulación de estructura, tales como la potestad de obligar a los prestadores a tener un objeto social exclusivo²⁶, implementar modelos de administración común²⁷ u ordenar la fusión de operadores (artículo 73.14)²⁸.

2.3. Conclusiones específicas: el mercado y la libre competencia

El mercado es aquel "espacio ideal" donde concurren muchos compradores y vendedores, en diversos lugares y en forma conjunta obtienen la máxima satisfacción y beneficio. En el proceso del intercambio las dos partes intentan obtener la máxima satisfacción; para ello deben "acordar" una tarifa a la cual intercambiar la cantidad de equilibrio que despeja el mercado. Es por ello que las tarifas dan señales de intercambio y proveen de información a los agentes. Éstas también tienen por función permitir que los mercados se equilibren, eliminando los excesos de oferta o de demanda²⁹.

Conforme a lo anterior, y de acuerdo con el análisis realizado en los numerales 2.1 y 2.2, es posible afirmar para cada uno

de los agentes lo siguiente. En relación con los demandantes, q_i es el consumo que mejor satisface las preferencias y gustos de acuerdo con su restricción presupuestal y alcanzan el equilibrio cuando las utilidades marginales se igualan a sus tarifas $U_{mx}/U_{my} = T_x/T_y$.

En relación con los oferentes, éstos venden su producción q_i de acuerdo con su restricción tecnológica y hacen máximo su beneficio cuando las productividades marginales se igualan a sus costos $P_{mgx}/P_{mgy} = C_{mgx}/C_{mgy}$. En consecuencia, el equilibrio en el mercado se logra cuando los costos marginales se igualan a sus tarifas $T_x/T_y = C_{mx}/C_{my}$.

En otros términos, el intercambio permite que el mercado logre el bienestar para un mayor número de individuos en la sociedad. En este caso, los consumidores maximizan su utilidad sujetos a una restricción de ingreso y los productores, por su parte, maximizan su beneficio. Los anteriores elementos determinan las cantidades producidas, las tarifas y la eficiencia económica en el mercado, tanto en el consumo como en la producción y en la asignación de recursos. De no conseguirse esta igualdad, algunos de los consumidores o productores podrían reasignar recursos y mejorar su situación de producción o de consumo.

Por lo tanto, los desajustes en el mercado ocurren como producto de la resignación de factores entre las actividades, que en los horizontes de corto y largo plazo³⁰ presentan distintos niveles de remuneración. Los precios relativos, tanto en el mercado de factores como en el mercado de bienes y servicios, se convierten en el mecanismo que genera las señales que permiten a los distintos agentes asignar eficientemente los recursos.

La tarifa, de conformidad con la argumentación precedente, refleja el costo de oportunidad de producir un bien o servicio, o el sacrificio de recursos productivos que podrían ser utilizados en su mejor uso alternativo, es decir, al costo económico. El mejor uso alternativo compara las estructuras de costos derivados de la asignación de recursos de una unidad productiva versus otra unidad.

Con fundamento en ello, una firma podría ser más eficiente que otra si produce bajo condiciones análogas el mismo servicio a un costo menor; esta decisión es el resultado de la optimización de las funciones de producción y de costo para un nivel dado de producto, como antes se señaló. Igualmente, la tarifa da una señal clara a los usuarios, puesto que al no reflejar el costo del servicio conduce al incremento del consumo, al desperdicio del servicio, a la equivocación en la selección de las técnicas, a la distorsión en la asignación de recursos y, lo que es más grave, le asigna a la sociedad un mayor esfuerzo impositivo al asumir la diferencia entre el costo del servicio y la tarifa, porque finalmente es la sociedad, en su conjunto, la que mediante nuevos tributos asume el déficit.

En suma, la competencia organiza la producción o generación y distribución de servicios por medio de las decisiones descentralizadas de muchos operadores y hogares, conforme interactúan en el mercado en igualdad de oportunidades. Para esto, los individuos deciden qué bien o servicio adquirir al comparar los precios derivados de las estructuras de costos³¹ y será más eficiente un productor que otro si produce bajo condiciones similares (coeficientes técnicos análogos) el mismo bien a un costo menor.

A la luz de esta inferencia, el RSPD parte del supuesto de que la competencia entre

los distintos operadores de los servicios públicos domiciliarios puede posibilitar la reducción de las tarifas, la expansión de las infraestructuras, el incremento de la cobertura y la mejora del servicio. Tal suposición se fundamenta en aquella otra según la cual los nuevos proveedores buscan llegar a un mayor número de usuarios, lo que les obliga a incrementar su productividad mediante la vinculación de mayores segmentos poblacionales, en especial aquellos de más bajos recursos.

3. LOS FINES Y MEDIOS DE LA LEY 142 DE 1994 DESDE UNA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El cambio institucional plasmado en el RSPD tuvo como propósito asegurar que, de conformidad con los principios constitucionales, el Estado pudiese cumplir sus fines sociales, particularmente señalados en el inciso primero del Artículo 366 de la Constitución³². El gobierno, en cumplimiento del mandato contenido en el Artículo 48 transitorio de la Constitución Política, presentó a consideración del legislativo el proyecto de Ley por la cual se pretendía regular los servicios públicos domiciliarios. Éste, que a la postre sería la Ley 142 de 1994, pretendía cumplir tres propósitos esenciales: en primer lugar, ampliar la cobertura de la prestación a toda la población; en segundo lugar, lograr menores costos y tarifas (eficiencia); tercero, aumentar los niveles de calidad en la prestación de los servicios³³. Estos tres propósitos se pueden plasmar en una función γ que muestra la diferencia entre las condiciones existentes para aquel momento, en cuanto al cumplimiento de tales propósitos, y los resultados que se esperaba obtener en el futuro, con ocasión

de los incentivos normativos que pretendía introducir el nuevo modelo.

$$\gamma = f(CB, T, Cal)$$

Donde:

$$CB_t > CB_{t+n}$$

CB_t : Cobertura de hoy

CB_{t+n} : Cobertura universal

$$Cal_t > Cal_{t+n}$$

Cal_t : Calidad de hoy

Cal_{t+n} : Calidad al nivel óptimo

$$C(q)_t > C(q^*)_{t+n}$$

$C(q)_t$: Costos en el momento de expedir RSPD

$Cmg(q^*)_{t+n}$: Costos eficientes o costos marginales que incluyan mejoras en la calidad y la cobertura q^* .

$$\text{Por lo tanto, } Cmg(q^*)_{t+n} = T$$

En consecuencia, el costo, incluyendo la expansión del servicio y la mejora en la calidad, debería ser igual a la tarifa T .

Con fundamento en la función anterior, la pregunta obvia a la que se pretendió dar respuesta por medio de la promulgación del RSPD fue la siguiente: ¿cuáles serían los mecanismos que permitirían convertir los objetivos o propósitos de política pública en una realidad por medio de instrumentos normativos?

El RSPD contempló dos mecanismos básicos. Por una parte, en desarrollo del apartado inicial del inciso primero del Artículo 365 de la Constitución, posibilitó la libertad de entrada y salida en el mercado de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. De esta manera incentivó la competencia entre los agentes que llegaran a participar en cada uno de los mercados de los servicios públicos domiciliarios. Este mecanismo buscaba desarrollar disciplinas de competencia que tuviesen como objetivo tutelar el derecho a ejercer el libre acceso y la concurrencia al mercado.

Por otra parte, pretendió que las tarifas señaladas por el mercado llegaran a ser iguales al costo eficiente o $C_{mg}(Q^*)$ o en su defecto que las reguladas por la comisiones se calcularan de tal forma que simularan un mercado competitivo. No obstante, la definición del régimen tarifario se enfrentó a la restricción de definir un nivel y una estructura aceptable de tarifas que generara al mismo tiempo beneficio y viabilidad financiera. Asimismo, la definición de la estructura tarifaria envolvía en sí un problema de asignación de costos, gastos, riesgos y beneficios netos a largo plazo entre los agentes, la sociedad, la empresa y los usuarios en su conjunto.

3.1. El incentivo a la competencia en el mercado de los servicios públicos domiciliarios

La Constitución Política, y en especial el RSPD, diferenciaron dos roles que antes se encontraban fusionados en cabeza del Estado. Por una parte, continuó radicado en cabeza del Estado el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios. Esto es, el Estado es el responsable

de asegurar la prestación y el acceso a los servicios públicos. Es decir, éste mantiene el deber de garantizar el acceso universal y para ello le fueron asignadas las competencias regulatorias, controlantes y vigilantes del sector de los servicios públicos domiciliarios, así como la función general de dirigir la economía para que en el sector de los servicios públicos se promoviera la productividad y la competitividad³⁴.

Por otra parte, posibilitó la participación de agentes externos al Estado en la prestación material o fáctica de los servicios públicos domiciliarios, antes considerados monopolios de derecho. En efecto, el Artículo 365 de la Constitución dispuso que los servicios públicos pudieran ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas y por los particulares. En todo caso, conforme al Artículo 367 la prestación municipal de tales servicios solo sería procedente "cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen", esto es, esta modalidad de prestación fue concebida por el constituyente como residual.

Con fundamento en estas disposiciones, los artículos 15 y 8.6 de la Ley 142 de 1994 señalaron las personas que podrían prestar los servicios públicos domiciliarios: las empresas de servicios públicos; las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley; las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas

rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley; las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17 del RSPD; los departamentos y la nación.

La posibilidad de que existieran múltiples oferentes para prestar los servicios públicos domiciliarios posibilitó, en términos reales, la existencia de la competencia, caracterizada primordialmente por la rivalidad entre los agentes económicos que participan en el mercado. Esta condición, la de que los agentes en el mercado desarrollen una actividad económica libre, ha sido uno de los tres elementos que ha resaltado la Corte Constitucional como condiciones básicas para el funcionamiento adecuado del mercado.

Las otras dos condiciones que ha señalado la corporación son, por una parte, que exista libertad de los agentes para ofrecer un bien o servicio en las condiciones que cada quien estime favorable y que exista libertad para que los consumidores puedan negociar con cualquier oferente³⁵. La existencia y funcionamiento del mercado de los servicios públicos domiciliarios, en estas condiciones, supone, en términos de derechos, que, desde la perspectiva de la oferta, se deben garantizar primordialmente la libertad de empresa³⁶, la libre competencia, la iniciativa privada y los derechos de propiedad y de igualdad. Desde el lado de la demanda, que se encuentren aseguradas, entre otras, la libertad económica al consumo y el derecho de propiedad.

3.2. La eficiencia en el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios

El mercado es el encuentro de oferentes y demandantes. Los primeros, esto es, las empresas mercantiles, utilizan insumos proporcionados por las familias para producir bienes y servicios que suministran a éstas; igualmente pagan dinero por el uso de los insumos y reciben recursos provenientes de la venta de su producción. Los segundos, esto es, las familias y usuarios, utilizan el ingreso que ganan al vender su fuerza de trabajo para comprar los bienes y servicios que producen las empresas. Éstos, a su vez, reciben dinero por el uso de sus factores productivos y pagan dinero para comprar productos.

Si oferentes y demandantes actúan libre y racionalmente en el mercado, las transacciones que en él se dan son eficientes en el sentido de garantizar la realización permanente de los agentes económicos, de tal forma que se pueda lograr la mayor satisfacción posible para cada uno de ellos y el máximo bienestar para toda la sociedad. En fin, los diferentes agentes económicos se relacionan por medio de los mercados, en los cuales se producen relaciones gracias a las señales que generan los precios que implica el intercambio de factores productivos o de bienes o servicios.

La toma de decisiones en el modelo de mercado es eficiente al no requerir complejos sistemas de información por parte de los productores y consumidores³⁷. Esta situación reduce en forma considerable los costos de información y de transacción, con lo cual los desequilibrios temporales o choques de oferta o de demanda se eliminan en el corto plazo. Por lo tanto, los actores poseen

la información adecuada que les permite tomar las mejores alternativas. Como bien señala CUEVAS (2001: 92), citando a HAYEK, "El mercado es el sistema de información más poderoso y veloz producido por la humanidad, porque lee, procesa, y complace preferencias individuales dispersas".

Ahora bien, toda vez que los precios son las señales del mercado que posibilitan el intercambio de factores productivos o de bienes o de servicios, el régimen tarifario en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios es esencial para el adecuado funcionamiento de este mercado. De conformidad con el RSPD, el régimen tarifario está compuesto por metodologías, fórmulas, estructuras, valores y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas³⁸, cuya definición, en esencia, corresponde a las comisiones de regulación³⁹ que tienen la facultad de fijar los parámetros a los que deben ceñirse los prestadores de los servicios públicos domiciliarios⁴⁰.

La finalidad esencial del régimen tarifario es buscar que el mercado de los servicios públicos funcione como un mecanismo eficiente de regulación económica, mediante el cual el sistema de tarifas emita señales que permitan orientar a los agentes en la toma de decisiones. Del lado de la oferta, pretende crear condiciones atractivas para que la iniciativa privada participe en la producción, distribución y generación de servicios públicos y supla las necesidades insatisfechas de grandes sectores de la población. Del lado de demanda, pretende inducir a los usuarios a pagar por el costo del servicio. En términos económicos, el sistema tarifario estructurado en el RSPD posibilita que los fines individuales y sociales converjan en el mercado, para la consecución del bienestar social.

Debido a la importancia del régimen tarifario para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el concepto de eficiencia económica es esencial para su adecuada explicación, pues busca lograr que las tarifas se aproximen a los precios de un mercado competitivo. Éstas deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad que deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado de libre competencia⁴¹; además, deben reflejar la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda del mismo.

La eficiencia, tal como la concibe el RSPD, es un proceso generado en el mercado, producto de la libre competencia, mediante el cual los productores extraen de los factores existentes la máxima cantidad de bienes y servicios finales para la satisfacción de los hogares. Para el caso que nos ocupa, la eficiencia económica relaciona los resultados máximos obtenidos en términos de *outputs* (líneas telefónicas instaladas, usuarios conectados, metros cúbicos de agua o gas producidos, metros cúbicos de agua tratados, residuos dispuestos y tratados, energía eléctrica generada, entre otros) con los recursos o factores productivos (*inputs*) utilizados.

Por tanto, la asignación de recursos productivos es eficiente cuando el óptimo de un agente que forma parte de los sistemas de distribución, producción y consumo no puede reorganizarse para aumentar la producción de uno o más servicios sin disminuir la producción de otro bien o servicio, lo que conduce al bienestar social. En otras palabras, una situación eficiente es aquella en la que no es posible mejorar el bienestar de ningún agente (productor o consumidor) sin empeorar el de algún otro.

Lo anterior significa que dados unos recursos y un desarrollo técnico, el mercado determina los servicios que han de ser producidos, su orden de importancia y la técnica con que se producen. Con fundamento en lo anterior, es posible concluir, a partir de los presupuestos del AED, que el mercado es la forma de organización social más eficiente, en el sentido de que no existen otras formas de reorganizar la actividad productiva de manera que sea preferida por todos los agentes. Este contiene un sinnúmero de opciones de consumo, de producción, de costo y de técnicas, abiertas a la sociedad.

El mercado permite ofrecer las mejores soluciones posibles dependiendo de las necesidades que se escojan, la satisfacción que se elija y la distribución que se asuma. La anterior afirmación, en todo caso, tiene como presupuesto que cualquier acción que beneficie a alguien sin perjudicar a otro será un óptimo y la eficiencia social podrá lograrse definitivamente "cuando una acción beneficia a algunas personas sin perjudicar a otras, es decir, todos los participantes del mercado ganan en los intercambios futuros" (CALL y HOLAHAN, 1990: 506)⁴².

Finalmente, es de resaltar que la eficiencia económica, y primordialmente en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, también se refiere a la asignación de recursos en forma equitativa, de tal modo que se mejore la distribución de la riqueza y el ingreso. En el ámbito de que nos hemos ocupado, aquella se logra mediante la realización de los fines sociales de nuestra forma de Estado Social y Democrático de Derecho. Este argumento no deja de ser problemático pues plantea un interesante conflicto. Por una parte, las sociedades democráticas se han construido sobre instituciones políticas y sociales basadas primordialmente en los

principios de igualdad y libertad. Por otra parte, en aquel marco democrático conviven instituciones mediadas por el mercado y la eficiencia que generan desigualdades y diferencias en cuanto al bienestar material. Por ello, tal como ha señalado ARTHUR OKUN (1975: 14), el mercado es "la mayor disyuntiva socioeconómica, que invade muchos aspectos de nuestra política social. No podemos conservar nuestra torta de eficiencia económica y a la vez distribuirla en partes iguales". La conciliación de estas dos perspectivas de eficiencia económica, en el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, ha sido y será el gran reto de la regulación; de allí la importancia del AED como metodología para analizar la formación, estructura, procesos e impacto económico de las normas e instituciones jurídicas por medio de la aplicación de la teoría económica.

3.3. Conclusiones específicas

En el pasado, los prestadores de servicios públicos se caracterizaban por un importante conjunto de problemas: pobres resultados financieros, alto endeudamiento, tarifas que no cubrían el costo, deficiencias de gestión y operación del servicio, sobrecostos laborales, reiterados subsidios estatales, alto financiamiento externo y modelos comerciales obsoletos. De esta forma, los servicios públicos domiciliarios se encontraban inmersos en un círculo vicioso de ineficiencia creciente que se reproducía y autoalimentaba. La ruptura del círculo requería, de un lado, de un marco regulatorio que partiera por establecer los mecanismos de financiación y viabilidad financiera y, de otro, la apertura a la competencia.

El nuevo modelo de servicios públicos plasmado en el RSPD está basado en la mayor autonomía de la iniciativa privada, puesto que a ésta se atribuye una mayor eficiencia para el manejo y asignación de los recursos. Por esta vía se pretendieron dinamizar los flujos de oferta como resultado de una mayor dinámica de crecimiento de las fuerzas del mercado. Ello exigía varios esfuerzos: reconvertir tanto las firmas públicas como privadas; involucrar, donde se requiriera, procesos de innovación tecnológica y de optimización de los niveles de productividad, y con ello obtener estándares de la calidad más altos.

El modelo planteado en el RSPD expresa parámetros identificables que muestran las relaciones entre los objetivos (metas) y los instrumentos básicos. En efecto, éste puede expresarse como un modelo de ecuaciones simultáneas lineales, que tendría como solución el aumento de la cobertura de los servicios Q^* y las tarifas como reflejo de los costos eficientes del servicio. Vistas así las cosas, las tarifas se constituyeron en el medio principal para cumplir los fines, al guiar el comportamiento de consumidores y vendedores en el mercado, al transmitir señales a los agentes que intervinieran en éste.

Como consecuencia, los demandantes desearían comprar el servicio a la tarifa más baja posible que satisficiera sus necesidades, y los oferentes desearían vender mayores cantidades a la tarifa más alta posible para maximizar los beneficios. Por lo tanto, el modelo de servicios públicos construido a partir de la Constitución de 1991 y consolidado en el RSPD, permitió la redefinición del esquema institucional con nuevas reglas de juego. Éstas tenían por finalidad ampliar y modernizar la infraestructura de los servicios

públicos mediante la atracción de nuevas inversiones del sector privado gracias al mayor protagonismo del mercado.

4. LOS POSTULADOS MICROECONÓMICOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN TARIFARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Tal como tuvo oportunidad de señalarse en el numeral 3, el segundo mecanismo desarrollado por el legislador, y plasmado en el RSPD, para convertir los objetivos o propósitos de política pública en una realidad por medio de instrumentos normativos, fue la definición de un régimen tarifario mediante el cual las tarifas señaladas por el mercado llegaran a ser iguales al costo eficiente o $C_{mg}(Q^*)$ o en su defecto que las reguladas por la comisiones se calcularan de tal forma que emularan las de un mercado competitivo.

Toda vez que los precios son las señales del mercado que posibilitan el intercambio de los factores productivos o de los bienes o de los servicios, el régimen tarifario en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios es esencial para el adecuado funcionamiento de este mercado. Es por ello que el Artículo 87 del RSPD dispuso que los criterios que deben gobernar la fijación de tarifas (precios) sean los de eficiencia económica, neutralidad⁴³, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad⁴⁴ y transparencia. En el presente apartado nos ocuparemos de analizar, desde una óptica de análisis económico del derecho, en su vertiente positiva, tres de los criterios que, en nuestro criterio, han sido los más complejos en su concepción y aplicación en la regulación tarifaria.

4.1. La distribución de los aumentos de productividad entre los prestadores (la oferta) y los usuarios (la demanda)

El Artículo 87.1 del RSPD, al referirse al criterio de eficiencia económica, establece que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos, sino los aumentos de productividad esperados y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurre en un mercado competitivo. Para el caso de los servicios públicos, un sistema de reparto de las mejoras en productividad entre las empresas prestadoras y los usuarios debe considerar no solo los intereses de los segundos sino también de las primeras. Tal sistema, por tanto, debe fundamentarse en los parámetros básicos que la prestación del servicio conlleva: la cobertura, la cantidad, la continuidad, la calidad, el costo del servicio, que comprende los gastos en que deben incurrir las empresas para la operación, mantenimiento e inversión y la tarifa que se cobra al usuario.

Para comprender aquella finalidad legislativa debe partirse del supuesto según el cual la libre competencia, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, describe el camino mediante el cual los prestadores rivalizan por conquistar a los usuarios. En este proceso, los oferentes presionan a los proveedores a tornarse más eficientes mediante la mayor inversión en investigación y desarrollo, la mejora de los sistemas de gestión y producción, la introducción de mayor desarrollo técnico y tecnológico (VON HAYEK, 1968), el aumento de la productividad y la optimización de la calidad. La mayor eficiencia, en últimas, tendrá por objeto reducir costos y crear ventajas competitivas (BECKER, Op. cit.: 1). Esta dinámica beneficia a la sociedad al aumentar el bienestar⁴⁵.

La consecución de este objetivo relaciona la tarifa y su evolución en el tiempo frente a la productividad, la cual se puede notar con la siguiente ecuación:

$$\frac{\partial T(q)}{\partial t} = \frac{\partial C(q^*)}{\partial t}$$

Donde

T_i : Tarifa del servicio i

C_i : Costo del servicio i

T_i : Tiempo

Por lo tanto, el concepto de productividad (COELLI, ESTACHE, PERELMAN y TRUJILLO, 2006: capítulos 2 y 3) no solo se refiere a la eficiencia microeconómica en términos de costos, producción o de rentabilidad financiera, sino que apunta a resaltar la generación de valor agregado en las unidades productivas como fuente de acumulación. Los aumentos en la productividad permiten a un operador prestar el mismo servicio utilizando menos recursos a los usados por firmas similares. Dicho cociente se aproxima al concepto de productividad total de los factores que se utiliza en los modelos de crecimiento (SALA-I-MARTIN, 2000) y económico, cuya notación formal es la siguiente:

$$PMF = \sum_{i=1}^n A_i Y_i / \sum_{i=1}^n B_i X_i$$

Donde:

$\sum_{i=1}^n A_i Y_i$. Es la suma ponderada de los productos o servicios Y_i

$\sum_{i=1}^n \beta_i X_i$. Es la suma ponderada de los factores X_i .

De manera más específica puede decirse que la productividad mide qué tan eficientes son los factores productivos (trabajo y capital) en la producción de un bien y servicio, la cual puede ser representada con la siguiente ecuación:

$$\text{Productividad} = \text{Producto} / \text{Insumo}.$$

De esta ecuación se derivan tres medidas de productividad:

- Productividad laboral = producción / trabajo
- Productividad del capital = producción / capital
- Productividad total de los factores = producción / trabajo + capital

La composición del valor agregado⁴⁶ puede ser usada para establecer la eficiencia de una empresa. Este indicador permite a la firma tomar decisiones acerca de aspectos como la reducción de costos y la intensidad de capital. Presentado de otra manera, indica cómo puede aumentar la productividad al generar un mayor nivel de utilidades. La composición del valor agregado también permite establecer la relación entre la remuneración de los trabajadores y la eficiencia de la empresa y pueden asociarse con otros indicadores de productividad de los factores trabajo⁴⁷ y capital⁴⁸.

En suma, la mayor productividad impacta en forma positiva a cada uno de los agentes y el incremento de ésta genera menores costos que pueden conducir a una reducción de las tarifas, finalidad pretendida

por el RSPD, o pueden ser asignados a nuevas inversiones, como ocurre en cualquier mercado. En otras palabras, los aumentos en productividad permiten a las empresas de servicios públicos declinar sus costos y por esa vía disminuir tarifas o incrementar el flujo de caja con el propósito de lograr una mayor expansión del servicio, ambas finalidades admisibles a la luz de las finalidades perseguidas por el RSPD.

Finalmente, es importante señalar que para el caso colombiano sectores como los de saneamiento básico y de energía eléctrica han utilizado metodologías regulatorias que incorporan en el cálculo de la tarifa el factor de productividad. Por medio del uso del mecanismo de regulación de precios techo o "price cap", el regulador fija un tope a las tarifas de uno o varios de los servicios prestados por los operadores, teniendo éstos cierta libertad para variar los precios. La notación del método citado es la siguiente:

$$\text{IPS} - X^{49}.$$

Donde:

IPS es el índice de precios del sector (*retail price index*).

El factor X recoge las siguientes variables: las necesidades de inversión, la diferencia entre la ganancia esperada en productividad del sector y la ganancia de productividad en la economía y, finalmente, la diferencia entre el comportamiento de los precios del sector y los de la economía.

Este mecanismo regulatorio ha sido utilizado y reconocido por sus incentivos en promoción de la eficiencia, puesto que toda ganancia en productividad es repartida entre los usuarios por medio de la reducción de

tarifas y entre la empresa mediante el aumento de los ingresos o nuevas inversiones. La aplicación exitosa del sistema, sin embargo, depende de minimizar las asimetrías de información entre el regulador y la empresa, los períodos adecuados de revisión de las tarifas y la transparencia en las decisiones regulatorias.

4.2. La suficiencia financiera de los prestadores

El Artículo 87.4 del RSPD señala que el principio de suficiencia financiera debe garantizar la recuperación de los costos y gastos propios de la operación del servicio, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; adicionalmente, conforme a este principio debe permitirse la remuneración del patrimonio de los accionistas y posibilitar la incorporación de tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad a los usuarios.

Este criterio implica, en primer lugar, que debe existir un equilibrio financiero entre la tarifa que deben pagar los usuarios y el recaudo que hacen las empresas por prestar el servicio; este equilibrio supone, en condiciones de mercado, que la firma debe estar en capacidad de asegurar un determinado nivel de producción en el que maximice su beneficio. En segundo lugar, para fomentar las cuantiosas inversiones del sector y asegurar la expansión del servicio, la tasa de beneficio del capital invertido debe ser mayor o igual al costo del capital. A continuación se explican estos dos argumentos que son consustanciales al principio de suficiencia financiera.

4.2.1. El nivel de producción y la maximización del beneficio por parte de los prestadores

Este postulado, desde los puntos de vista económico y jurídico, implica que el sistema tarifario tiene como objetivo garantizar que el prestador mantenga el equilibrio financiero entre los usuarios que pagan una tarifa y el recaudo efectivo que de éstas se haga. Esta relación entre tarifa y recaudo debe garantizar la recuperación del costo económico del servicio. Tal principio implica que los prestadores maximizan el beneficio cuando la diferencia entre los ingresos y costos es positiva, dado un nivel de producción Q , es decir (GRASS, 1982),

$$\pi(Q) = IT(Q) - CT(Q)$$

Donde:

π : Nivel de beneficios

IT : Ingresos totales

$$IT = T * Q$$

Q : Cantidades vendidas

T : Tarifa

CT : Costos totales

Ahora bien, puesto que a tal nivel de producción el beneficio que se obtiene es el máximo, se debe, seguidamente, diferenciar éste con respecto a la producción e igualarlo a cero, así:

$$\frac{\partial \pi}{\partial Q} = T - \frac{\partial CT(Q)}{\partial Q} = 0$$

Luego, la derivada del ingreso total con respecto a la producción es igual al ingreso marginal y la derivada del costo total con respecto a Q es el costo marginal, lo cual significa que la firma maximiza el beneficio cuando el precio es igual al costo marginal. Esta última inferencia se puede notar con la siguiente expresión:

$$P = Cmg(Q)$$

Sin embargo, para probar que el beneficio es máximo se calcula la segunda derivada⁵⁰ en los siguientes términos:

$$\frac{\partial^2 \pi}{\partial Q^2} = -\frac{\partial^2 CT(Q)}{Q^2} < 0$$

Puesto que $\frac{\partial CT(Q)}{\partial Q}$ es el costo marginal, $\frac{\partial \pi}{\partial Q}$ es la pendiente del costo marginal que debe ser positiva y es igual en el punto en el que el costo y el ingreso marginales son iguales; por ello,

$$\frac{\partial^2 \pi}{\partial Q^2} = -\frac{\partial^2 CT(Q)}{Q^2} < 0$$

En consecuencia, el empresario selecciona su producción y maximiza su tasa de beneficio cuando el ingreso marginal se iguala con el costo marginal (VARIAN, Op. cit.: 80-83) que representa el costo económico del servicio. En este orden de ideas, para que las firmas que prestan los servicios públicos domiciliarios sean financieramente viables es necesario que se cumplan las siguientes tres condiciones:

- Los usuarios deben pagar por el servicio a la tarifa que cubra el costo total⁵¹ de proveerlo.

- Los productores deben recibir como recaudo la tarifa que cubre el costo económico de cada unidad vendida.

- El aumento de la cobertura debe conseguir la eficiencia puesto que a medida que se conectan nuevos usuarios el costo medio disminuye.

4.2.2. El fomento de las inversiones y la tasa de beneficio del capital invertido

Por otra parte, dadas las grandes necesidades de inversión que implica prestar servicios públicos domiciliarios, se debe permitir y fomentar la entrada de nuevos capitales obtenidos del sector financiero en calidad de créditos. Para ello es necesario que el beneficio o retorno de las empresas sea por lo menos mayor o igual al costo del capital, esto es,

$$\pi \geq r.$$

De acuerdo con lo anterior, la suficiencia financiera para cualquier productor puede notarse así:

$$\pi(Q) = [IT(Q^*) - CT(Q^*)] - \{r * E\}$$

Donde:

π : es el nivel de beneficios

IT : Ingresos totales

$$IT = T * Q$$

T : Tarifa

Q^* : Cantidades vendidas en condiciones de calidad

CT : Costos totales

r : Tipos de interés

E : Endeudamiento

La anterior ecuación significa que la tasa de beneficio debe ser mayor o igual al costo de capital con el fin de que la firma genere un flujo de caja que permita aumentar, operar y expandir el servicio mediante la generación de recursos propios o contratados como endeudamiento⁵².

4.3. El criterio de solidaridad como mecanismo para promover la igualdad en el acceso a los servicios públicos domiciliarios⁵³

La Constitución de 1991 buscó fomentar instrumentos que permitieran disminuir las desigualdades económicas, mejorar la distribución del ingreso y asegurar la igualdad en el acceso a las oportunidades. En efecto, conforme a su Artículo 13, "todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades".

Seguidamente dispone que, "[...] El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados". Este principio y valor constitucional tuvo igualmente un desarrollo específico, a nivel constitucional, en el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios; conforme a su canon 367, el

constituyente dispuso que correspondería al legislador fijar las responsabilidades relativas a su prestación, calidad, financiación y régimen tarifario que incluye no solo el criterio de costo, sino también los de solidaridad y redistribución de ingresos.

El legislador, en desarrollo de aquel postulado, dispuso en el Artículo 87.3 del RSPD qué debía entenderse por el criterio de solidaridad y redistribución; allí dispuso que por éste "se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a 'fondos de solidaridad y redistribución', para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas".

La materialización real de aquel criterio, en concordancia con lo señalado en los artículos 2.1, 2.2, 2.9, 3.7, 11.3 del RSPD solo se logra por medio de una intervención directa del Estado. En efecto, la literatura económica (BANDWIN y CAVE, 1999; BREYER, 1982; STIGLITZ, Op. cit.: 64 -128 y 133-155) ha identificado como fallas o fracasos del mercado un sin número de comportamientos, como los bienes públicos, las externalidades, el monopolio, los problemas de equidad, las barreras de entrada o de salida y la competencia predatoria; todos ellos traen como consecuencia que el precio y las cantidades de los bienes y servicios transados en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con las fuerzas de la concurrencia.

En presencia de fallas de mercado, la intervención del Estado y la regulación económica tienen como objetivo corregir esas deficiencias y contribuir al restablecimiento de las condiciones que hagan posible el bienestar de la sociedad. En los sectores

regulados, la intervención del Estado reemplaza el mercado con lo cual asume algunas de sus funciones (HELM, s.f.).

Con respecto a la materialización del criterio de solidaridad, el legislador dispuso que la intervención del Estado debiera ser necesaria por razones de equidad, puesto que los objetivos de cobertura y expansión del servicio no se podrían lograr únicamente con la libre competencia. Es decir, solo con la intervención pública mediante instrumentos redistributivos es posible conseguir tales objetivos de política pública. En la práctica, tal forma de intervención estatal se tradujo en el otorgamiento de subsidios. Un subsidio es la diferencia existente entre el precio de compra de un bien o servicio y su costo de producción o, en otros términos, la diferencia que existe entre la tarifa que paga un usuario por el servicio y su costo económico.

El análisis microeconómico considera los subsidios en forma análoga a los impuestos (VARIAN, Op. cit.: 268). Desde la perspectiva macroeconómica, a su vez, los subsidios se consideran un instrumento de política fiscal que conlleva un esfuerzo en el gasto público y tiene consecuencias distributivas. Los subsidios, al igual que los impuestos, modifican las señales del mercado al disminuir o aumentar la producción, al variar los precios de compra y venta de los bienes y servicios finales; además, modifican los incentivos de los agentes en sus decisiones de producción y de consumo, por lo que distorsionan la asignación de recursos, además de que su administración tiene altos costos de transacción.

Para el caso colombiano, los subsidios se otorgan mediante dos modalidades. La primera es la denominada discriminación de precios; según ésta, de acuerdo con unos

niveles de consumo considerados como de subsistencia, el usuario paga un cargo fijo hasta determinado nivel de consumo; cuando supera ese umbral la tarifa se incrementa⁵⁴. La segunda forma se efectúa mediante la fijación de tarifas diferenciales entre los usuarios en función de la condición socioeconómica de las viviendas⁵⁵.

Dado que el otorgamiento de subsidios en las dos modalidades citadas, implica que el precio de venta no cubre el costo, la diferencia debe ser cubierta de alguna forma, puesto que, en caso de que este equilibrio no se dé, no existe incentivo alguno para que nuevos operadores inviertan en la prestación de servicios públicos domiciliarios por cuanto se ven expuestos a incurrir en pérdidas económicas al no fijarse las tarifas en una suma igual al costo incremental.

Para lograr este equilibrio, en aras de lograr mayores inversiones en el sector y para que los usuarios de menores ingresos pudieran acceder realmente a tales servicios, el legislador dispuso dos mecanismos, uno fundado en el principio de solidaridad entre los hombres, cuya consagración constitucional reposa en los artículos 1, 95.2 y 95.9, y otro de carácter fiscal, soportado en el Artículo 368 de la Constitución⁵⁶.

En relación con el primero y de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del Artículo 89 y el Artículo 89.1 del RSPD y el Artículo 2 de la Ley 632 de 2000, los usuarios de los estratos 5 y 6 y los usuarios comerciales e industriales deben pagar un sobreprecio para ayudar a financiar el consumo de los usuarios de estratos bajos, dentro de los porcentajes máximos de subsidios a otorgar, establecidos por el legislador⁵⁷. A diferencia de estos últimos, los usuarios residenciales que pertenecen al estrato 4 deben pagar el costo de referencia o costo econó-

mico por prestar el servicio, esto es, no son usuarios contribuyentes ni subsidiables.

En relación con el mecanismo de carácter fiscal, y con la finalidad de cubrir el déficit faltante, el legislador dispuso la obligación de crear Fondos de Solidaridad y Redistribución del Ingresos (en adelante FSRI) con el objeto de asignar recursos para cubrir las necesidades de financiación de los subsidios otorgados, los cuales pueden ser de carácter nacional, departamental, distrital o municipal⁵⁸.

Ahora bien, para explicar la magnitud del financiamiento que por medio de aquellos dos mecanismos se logra, se hará uso de la siguiente notación matemática:

Sean:

Q_s : Cantidades consumidas por los usuarios de los estratos 1, 2 y 3

Q_c : Cantidades consumidas por los usuarios de los estratos 5 y 6 y los usuarios industriales y comerciales

T_s : Tarifa de los usuarios de los estratos 1, 2 y 3

T_c : Tarifa a los usuarios de los estratos 5 y 6 y de los usuarios comerciales e industriales⁵⁹

C_{mg} : Costo marginal del servicio

S_s : Porcentaje de sobreprecio definido por la normativa que regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios

S_c : Porcentaje de subsidio definido por la normativa que regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios

De lo anterior se colige que:

$$T_c = C_{mg} * (1 + S_c)$$

$$T_c = C_{mg} * (1 + S_s)$$

El monto de las contribuciones, V_c , es:

$$V_c = Q_c * C_{mg} * S_c$$

El valor requerido para subsidios, V_s , es:

$$V_s = Q_s * C_{mg} * S_s$$

El equilibrio financiero, de acuerdo con la normativa que regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios, se logra una vez que el monto de las contribuciones iguala al valor de subsidios, es decir:

$$V_c = V_s$$

Al reemplazar, se tiene lo siguiente:

$$Q_c * C_{mg} * S_c * C_{mg} * S_s$$

$$Q_c * S_c = Q_s * S_s$$

Así, la condición de equilibrio se encuentra en la siguiente ecuación:

$$\frac{Q_c}{Q_s} = \frac{S_s}{S_c}$$

De la anterior notación se colige que la ecuación de equilibrio dependerá de las cantidades consumidas por los dos grupos de usuarios (usuarios de los estratos 1, 2 y 3, por una parte y, usuarios de los estratos 5 y 6, industriales y comerciales, por la otra) y de la proporcionalidad de los porcentajes

de redistribución del ingreso señalados en la normativa que regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En otras palabras, dicha igualdad muestra que si el consumo de los estratos altos, comerciales e industriales, es mayor en comparación con el de los estratos 1, 2 y 3 y el ente estatal competente dispone de recursos para asignar subvenciones al consumo, sin asignar recursos presupuestales para tal fin, a mayor Q_c/Q_s el ente competente puede reducir las contribuciones o incrementar los subsidios (RUBIANO, 2000).

Por el contrario, si el consumo de los estratos altos, comerciales e industriales es menor en comparación con el de los estratos 1, 2 y 3, el ente competente no puede asignar subsidios y, como consecuencia, debe conseguir otras fuentes de financiación o reservar recursos del erario público para su cubrimiento. En este último evento, a menor Q_c/Q_s el ente competente debe incrementar las contribuciones o disminuir los subsidios⁶⁰.

En consecuencia, tanto las variaciones de los patrones de consumo de los dos grupos de demandantes como los movimientos en las tasas porcentuales de los sectores que contribuyen y los estratos que reciben subsidios tienen efectos sobre la viabilidad financiera de la firma prestadora. Es decir, cuando existe una desproporción entre la demanda de un servicio público o los porcentajes asignados entre los dos grupos, se genera un efecto sobre la provisión, cobertura y expansión del mismo.

Finalmente, no puede perderse de vista que el objetivo último de este criterio tarifario no es buscar el equilibrio entre subsidios y contribuciones. Éste se enmarca en la obligación constitucional de proveer el servicio universal; por ello, su finalidad esencial es

lograr el acceso universal, real y efectivo, a los servicios públicos domiciliarios, mediante la financiación de los consumos de los usuarios de menores ingresos por medio de las contribuciones solidarias y de los recursos fiscales.

4.4. Conclusiones específicas

Los parámetros de la estructura tarifaria señalados en el RSPD permiten conciliar la eficiencia económica o los criterios de asignación de recursos en el aparato productivo, la suficiencia financiera y la distribución de los aumentos de productividad. El primero implica que debe cobrarse a todos los usuarios el costo marginal o costo económico, que incluye todos los costos asociados a la prestación del servicio incluidos los ambientales y la remuneración de los accionistas, como se realiza en cualquier sector de riesgo comparable. El segundo significa que las tarifas deben generar el flujo de caja suficiente para operar, administrar mejor, mantener, reemplazar y permitir la expansión del sistema, con lo cual se logra simultáneamente el aumento de la cobertura y la viabilidad financiera de las empresas. El tercero, que los aumentos en productividad deben permitir a los operadores disminuir sus costos y por esa vía reducir las tarifas e incrementar la inversión.

Con la introducción en el RSPD de los principios de eficiencia económica, suficiencia financiera y distribución de la productividad, el legislador pretende incentivar la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos domiciliarios, que hasta antes de las reformas constitucionales y específicamente de la introducción de la Ley 142 de 1994, eran atendidos exclusivamente por el Estado.

Finalmente, el legislador fue consciente de los eventuales conflictos que podrían presentarse entre los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera y los demás criterios tarifarios. Por esta razón, dispuso en el primer apartado del Artículo 87.7 del RSPD que los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrían prioridad en la definición del régimen tarifario. Esta primacía tenía por finalidad asegurar la ampliación de la cobertura del servicio y la mejora en la calidad de la prestación.

Esto es así, por cuanto las metas de cobertura y calidad dependen de la suficiencia financiera de los prestadores, es decir de las posibilidades de financiar nuevos planes de inversión; éstas, a su vez, dependen de las tarifas que tienen como restricción los ingresos de las familias. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable la primacía de tales criterios por cuanto ello implicaría el sacrificio del principio tarifario de solidaridad, lo cual "pugna con el artículo 367 de la Constitución que expresamente consagra que la solidaridad será uno de los criterios constitutivos del régimen tarifario de los servicios públicos, sin subordinarlo a ningún otro criterio"⁶¹.

BIBLIOGRAFÍA

- BANDWIN, ROBERT y MARTIN CAVE (1999). *Understanding Regulation*. London: Oxford University Press. Capítulo 2.
- BREYER, STEPHEN (1982). *Regulation and its Reform*. Cambridge: Harvard University Press.
- BECKER, GARY (1978). *Teoría Económica*. Primera reimpresión. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- BEJARANO, JESÚS ANTONIO (1986). *Teoría de las estructuras de mercado*. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BEJARANO, JESÚS ANTONIO (1999). "El análisis económico del derecho: Comentarios sobre textos básicos", en *Revista Economía Institucional*, N° 1, noviembre de 1999, Universidad Externado de Colombia. p. 155-167.
- BLAIR, ROGER y LAWRENCE KENNY (1982). *Microeconomía con aplicaciones a la empresa*. 1 ed. Bogotá: McGraw Hill.
- BULLARD, ALFREDO (2003). *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*. 1 ed. Lima: Palastra editores.
- CALL, SEVEN y WILLIAM HOLAHAN (1990). *Microeconomía*. 1 ed. Bogotá: Iberoamericana.
- COELLI, TIM; ANTONIO ESTACHE; SERGIO PERELMAN y LOURDES TRUJILLO (2006). *Una introducción a las mediadas de eficiencia*. 1 ed. Bogotá: Alfa y Omega.
- CONGRESO DE REPÚBLICA, Ley 142 del 11 de julio de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".
- CONGRESO DE REPÚBLICA, Ley 1341 de 2009, "Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones".
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-150 de 2003. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, 25 de febrero de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-524 de 1995, Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, 16 de noviembre de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-616 de 2001, Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL, 13 de junio de 2001.
- COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN (2002). *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- COTTER, ROBERT y THOMAS ULEN (2002). *Derecho y Economía*. 2ª reimpresión. México: Fondo de

- Cultura Económica.
- COMISIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO –CRA– (2005). *Metodología de costos y tarifas para el servicio público de aseo*. Documento de trabajo, versión para discusión. Bogotá, marzo de 2005.
- CUEVAS, HOMERO (2001). *Fundamentos de la economía de mercado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DEWEES, DONALD (2002). "Pricing Municipal Services: The Economics of User Fees, Complications for Marginal Cost Pricing", en *Canadian tax journal, Revue fiscale canadienne*. Vol. 50, N° 2, p., 587- 598.
- GACETA DEL CONGRESO (1992) Año I N° 162, martes 17 de noviembre de 1992. Exposición de motivos, Ley 142 de 1994.
- GRASS, COLIN (1982). *Métodos matemáticos para economistas*. 1 ed. Bogotá: McGraw Hill.
- HELM, DIETER (s.f.). "British Utility Regulation: Theory, Practice and Reform", en *Oxford Review of Economic Policy*. Vol. 10, N° 3, Oxford: Oxford University Press.
- HIRSHLEIFER, JACK (1984). *Teoría de precios y sus aplicaciones*. 1 ed. México: Prience Hall.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. 1ª ed. Bogotá: Norma.
- KITCH, EDMUND W. (2000). "Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho", en ROEMER, ANDRÉS (Compilador). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica.
- KORNHAUSER, LEWIS A. (2000). "El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos", en ROEMER, ANDRÉS (Compilador). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica.
- MARÍN, CORTÉS y GONZALO FABIÁN (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis.
- MERCURO, NICHOLAS y STEVEN G. MEDEMA (2006). *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*. 2nd ed. New Jersey: Princeton University Press.
- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Decreto 201 de 2004, "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 847 de mayo de 2001, en relación con el procedimiento de liquidación, reportes, validación y transferencias en materia de subsidios y contribuciones de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física".
- OKUN, ARTHUR (1975). *Igualdad y Eficiencia: la Gran Disyuntiva*. 1ª ed. Buenos Aires: Suramericana.
- OXFORD ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES LTD. (2004). *Opciones para el marco regulatorio del servicio de agua y alcantarillado principios fundamentales y preguntas claves*. Bogotá, agosto de 2004.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO (1999). *El Derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios*. 1ª ed. Bogotá: Editorial Derecho Vigente.
- PERLOFF, JEFFEY (2004). *Microeconomía*. 3ª ed. Madrid: Editorial Person.
- POSNER, RICHARD (2000). *El análisis económico del derecho*. 1ª ed. en español. Traducción de EDUARDO L. SUÁREZ. México: Fondo de Cultura Económica.
- POSNER, RICHARD (2000a). "Usos y abusos de la teoría económica del derecho", en ROEMER, ANDRÉS (Compilador). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica.
- POSNER, RICHARD (2007). *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.
- POSNER, RICHARD (1979). "Utilitarianism, Economics and Legal Theory", en *Journal of Legal Studies*, VIII, January, 1979.
- ROMER, ANDRÉS (2000). *Economía del crimen*. 1ª ed. México: editorial Limusa.
- ROMER, ANDRÉS (1994). *Introducción al análisis*

- económico del derecho. 1ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.
- ROEMER, ANDRÉS (Compilador) (2000). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica.
- RUBIANO, NÉSTOR (2000). *Costos y precios en las empresas estatales de servicios públicos en Colombia: la economía política, el modelo legal y algunas tasas redistributivas en el servicio de aseo*. Territorios [en línea] 2000, (junio-Sin mes): [fecha de consulta: 25 de mayo de 2011] Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=35700407>> ISSN 0123-8418
- SALA-I-MARTIN, XAVIER (2000). *Lecture Notes on Economic Growth*. New York: McGraw-Hill.
- SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO, HUGO PACHECO DE LEÓN Y YEZID ALVARADO RINCÓN (2002). "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Revista Contexto*, N° 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia. p., 22-37.
- TORRES LÓPEZ, JUAN (1987). *Análisis económico del derecho: panorama doctrinal*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 108 p.
- VARIAN, HAL (1992). *Análisis Microeconómico*. 3ª ed. Barcelona: Antonio Bosch.
- VICKERS, JOHN (s.f.). "Government regulatory policy", en *Oxford Review of Economic Policy*. Vol. 7 N° 3, Oxford University Press.
- VON HAYEK, FRIEDRICH (1968). *La competencia como proceso de descubrimiento*. [en línea] 1968, (marzo 29): [fecha de consulta: 25 de mayo de 2011] Disponible en: <http://www.poderlimitado.org/u/ficheros/documentos/0xB43CEFFC87DF11DCB210FDEBEC430E0A.1.pdf>
- WIESNER DURÁN, EDUARDO (1997). *La efectividad de las políticas públicas en Colombia: un análisis neoinstitucional*. Bogotá: TM Editores, Departamento Nacional de Planeación.
- WITKER, JORGE (2005). *Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. México: Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica.
- ZANOBINI, GUIDO (1954). *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Arayú.
- ¹ Fecha de recepción: 13 de junio de 2011. Fecha de modificación: 22 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2011.
 - ² Profesor del área de Economía y de Análisis Económico del Derecho del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.
 - ³ Abogado de la Subdirección Jurídica Aguas de Empresas Públicas de Medellín, Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.
 - ⁴ Era de tal relevancia la prestación de los servicios públicos para el constituyente que dispuso en el Artículo 48 transitorio, que dentro de los tres meses siguientes a la instalación del Congreso de la República el Gobierno tendría el deber de presentar los proyectos de ley relativos al régimen jurídico de los servicios públicos; a la fijación de competencias y criterios generales que regirían la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su financiamiento y régimen tarifario; al régimen de participación de los representantes de los municipios atendidos y de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten los servicios, así como los relativos a la protección, deberes y derechos de aquellos y al señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. En todo caso, dispuso el constituyente que, si al término de las dos siguientes legislaturas no se expidieren las leyes correspondientes, el presidente de la República podría poner en vigencia los proyectos presentados mediante decretos con fuerza de ley.
 - ⁵ Congreso de la República, Ley 142 del 11 de julio de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".
 - ⁶ El AED utiliza la economía del bienestar para comprender la formación, estructura y el efecto económico de las normas de la sociedad (BULLARD,

- 2003). Esta tendencia se explica por la versatilidad de la optimización microeconómica que permite, por ejemplo, resolver múltiples equilibrios de precios con parámetros de eficiencia en las más diversas situaciones de mercado (racionamiento, incertidumbre, asimetrías de información –selección adversa o riesgo moral–, precios rígidos, costos de transacción, bienes públicos, efectos de externalidades, mercados implícitos, competencia imperfecta y situaciones de no-mercado, entre otros modelos de mercados). Esta perspectiva, sin embargo, reposa en el presupuesto de que la lógica del mercado y sus señales, los precios, resulta ser el mejor mecanismo para asignar recursos.
- ⁷ Trabajo publicado originalmente en *The Journal of Law and Economics* (octubre de 1960), pp. 1-44.
- ⁸ En el mismo sentido véase TORRES LÓPEZ (1987: 19).
- ⁹ Las preferencias se suponen estables, transitivas, completas, reflexivas y continuas.
- ¹⁰ En este sentido, tal como acertadamente lo ha señalado BECKER (1978: 12), “el análisis económico es esencial para comprender mucho el comportamiento que tradicionalmente estudian los sociólogos, antropólogos, así como otros especialistas de las ciencias sociales”.
- ¹¹ Tales objetivos, entre otros, pueden ser los siguientes: incrementar la riqueza, mejorar la distribución del ingreso, aumentar la eficiencia, incrementar la equidad y asignar recursos.
- ¹² En términos semejantes COTTER y ULEN (Op. cit.: 14).
- ¹³ En términos semejantes Íbid. p. 19. En consecuencia, tal como lo ha señalado POSNER, toda vez que las normas deben buscar como propósito maximizar la riqueza y mejorar la eficiencia económica, es indiferente el sistema de derecho de que se trate (derecho continental o derecho anglosajón) para efectos de aplicar la metodología (POSNER, 1979).
- ¹⁴ El planteamiento de estas preguntas puede asimilarse a dos de las posibles aproximaciones del análisis económico del derecho: la positiva y la normativa, a los cuales se hizo referencia previamente.
- ¹⁵ En términos semejantes, véase KORNHAUSER (Op. cit.: 20-21) y POSNER (2000: 11).
- ¹⁶ Para POSNER (2000: 11), la maximización racional no debe confundirse con el cálculo consciente, como tampoco el interés propio con el egoísmo
- ¹⁷ La racionalidad a la que se ha hecho referencia, en términos de TORRES LÓPEZ (Op. cit.: 22), implica que el individuo elige aquellas alternativas que le resultan mejores entre las que están a su alcance.
- ¹⁸ Bajo esta perspectiva la metodología del AED aplicada al RSPD, puede concebirse como una que pretende explicar los problemas sociales por medio del uso de los principios de optimización microeconómicos, toda vez que dicho método considera los efectos y resultados económicos que las normas podrían tener sobre los agentes.
- ¹⁹ Este procedimiento matemático permite encontrar el máximo y el mínimo de funciones de una o más variables sujetas a una o varias restricciones.
- ²⁰ El proceso de diferencial parcial implica la variación de una variable independiente mientras las otras n-1 variables independientes permanecen constantes.
- ²¹ Es necesario advertir que la teoría económica reciente ha desarrollado la teoría de la eficiencia dinámica, que se produce con la introducción de nuevos sistemas de gestión y producción (tecnología de procesos) al lograr estandarizar los productos y reducir sus costos.
- ²² RSPD, Artículo 90.1.
- ²³ RSPD artículo 90.2. El cargo fijo incluye los gastos de administración, facturación y medición, entre otros.
- ²⁴ RSPD, Artículo 90.1.
- ²⁵ Es importante señalar que en la prestación de los servicios públicos domiciliarios se presentan otras economías, como las de alcance, que se generan cuando se producen dos o más servicios en forma conjunta, lo que permite el ahorro de recursos y se traduce en menores costos promedios. Por ejemplo, en el sector de telecomunicaciones es habitual que un solo operador produzca y distribuya varios servicios.
- ²⁶ El inciso segundo del Artículo 18 del RSPD señala que “Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten, y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita”.

- ²⁷ El Artículo 21 del RSPD indica que "La comisión de regulación respectiva podrá autorizar a una empresa de servicios públicos a tener administradores comunes con otra que opere en un territorio diferente, en la medida en la que ello haga más eficiente las operaciones y no reduzca la competencia".
- ²⁸ Conforme al Artículo 73.14 del RSPD, las comisiones de regulación pueden "ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios".
- ²⁹ Para el AED, la libre concurrencia supone considerar que los consumidores y los vendedores son racionales y precio aceptantes (BEJARANO, 1986: 41-45). En otras palabras, que los productores carecen de influencia en la formación de la tarifa, con lo cual si esta condición se cumple ningún empresario tiene la capacidad para fijar ésta en el mercado o ejercer posición dominante en el mismo. Si ello es así, en el mercado de los servicios públicos domiciliarios las tarifas servirán a los agentes para dar señales al proveer información sobre la escasez o abundancia de los recursos, al eliminar los excesos de oferta o de demanda y coordinar a los proveedores asignando recursos por medio de las decisiones independientes conforme interactúan, teniendo en cuenta sus necesidades de producción y consumo.
- ³⁰ En el largo plazo el mercado asigna recursos por medio de la tasa de beneficio al igualar el retorno entre empresas e industrias.
- ³¹ Es necesario señalar que la decisión de inversión parte de la cuantificación de los siguientes costos: los costos de oportunidad en el momento en que ocurren y en diferentes momentos del tiempo, la valoración de resultados en los cuales están implícitos los niveles de riesgo y la cuantificación de los costos que directa o indirectamente afectan el bienestar y los ingresos del productor.
- ³² En esta disposición se señala lo siguiente: "El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable".
- ³³ Para el logro de estos objetivos, el RSPD, particularmente en su Artículo 3, dispuso que constituirían instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las funciones asignadas a las entidades del Estado, especialmente en cuanto tenía que ver con las siguientes materias: la promoción de la participación de los prestadores, la gestión y obtención de recursos, la regulación de la prestación de acuerdo con las particularidades de cada región, la fijación de metas de cobertura y calidad, la definición del régimen tarifario, la organización de sistemas de información, la capacitación y asistencia técnica, el otorgamiento de subsidios, el estímulo a la inversión privada, el control y vigilancia y la regulación económica.
- ³⁴ A esta conclusión se llega al armonizar los artículos 365 y 334 de la Constitución. La última de estas disposiciones señala lo siguiente: "La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano".
- ³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-616 de 2001, Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL, 13 de junio de 2001.
- ³⁶ La Corte Constitucional ha definido, entre otras providencias, en la sentencia C-524 de 1995 la libertad de empresa en los siguientes términos: "hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia". CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-524 de 1995, Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, 16 de noviembre de 1995.
- ³⁷ El sistema de mercado permite una valoración continua entre los costos y beneficios de los recursos económicos escasos que se asignan en forma eficiente en sus distintos usos alternativos, con el propósito de satisfacer las necesidades de la sociedad. Por lo tanto, la eficiencia implica una especialización continua por parte de los productores de acuerdo con sus dotaciones y las ventajas comparativas de los oferentes.
- ³⁸ RSPD, Artículo 86.4.
- ³⁹ RSPD, Artículo 52.
- ⁴⁰ RSPD, Artículo 73.4.

- ⁴¹ Este aspecto es especialmente tratado en el numeral 4.1 del presente artículo.
- ⁴² La idea es tomada por los autores de VILFREDO PARETO.
- ⁴³ El criterio de neutralidad implica que cada usuario goza del derecho a tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro si las características de los costos que ocasiona a las empresas de servicios públicos son equivalentes. Este criterio busca evitar tratamientos diferenciales para usuarios similares. No obstante lo señalado, los usuarios tienen la libertad de escoger las opciones tarifarias que más les convengan, aunque en términos reales, estas alternativas no se encuentran disponibles para la generalidad de los usuarios, en especial los de carácter residencial.
- ⁴⁴ Con fundamento en el criterio de simplicidad, las fórmulas y metodologías tarifarias deben elaborarse de la manera más sencilla posible, de tal forma que los usuarios puedan comprender su formulación y controlar su aplicación por parte de los prestadores.
- ⁴⁵ Es por ello que, tal como lo ha señalado Palacios Mejía (1999: 44), "los empresarios tienen derecho a competir, pero, más importante aún, los consumidores de bienes y servicios tienen derecho a que los empresarios compitan. Desde una perspectiva económica los principales beneficiarios de la competencia no son los empresarios (que, por virtud de la competencia, verán disminuir sus márgenes de utilidad), sino los usuarios, que tendrán acceso a bienes y servicios más baratos".
- ⁴⁶ El valor agregado es la diferencia entre el ingreso generado por la prestación del servicio y el costo de los insumos utilizados para su producción. Se calcula mediante dos métodos: el primero, como la resta entre las ventas totales y los materiales y los servicios adquiridos; el segundo, como la sumatoria del costo laboral, los intereses, los impuestos, la depreciación y las utilidades.
- ⁴⁷ La competitividad del costo laboral se define de la siguiente forma: valor agregado / costo laboral y costo laboral / # de trabajadores.
- ⁴⁸ Asimismo, puede lograrse el balance entre dos indicadores de productividad que pueden ser obtenidos optimizando el nivel de capital por trabajador o la intensidad en capital de las operaciones, así: valor agregado por pesos de capital = (valor agregado / capital) * (capital / número de trabajadores).
- ⁴⁹ Bajo el supuesto de que los precios en el periodo base reflejan los costos.
- ⁵⁰ La derivada parcial de segundo orden mide la tasa de cambio de la función de las cantidades con respecto al costo, manteniendo las demás variables constantes.
- ⁵¹ Los costos totales incluyen los costos por administración, operación y mantenimiento para cada componente y los costos de inversión que incluye la retribución al capital invertido; este último aspecto es objeto de un estudio detallado en el numeral siguiente.
- ⁵² Oxford Economic Research Associates Ltd, "Opciones para el marco regulador del servicio de agua y alcantarillado, principios fundamentales y preguntas claves", Consultoría presentada a la Comisión de Regulación de Acueducto y Saneamiento Básico, agosto de 1994.
- ⁵³ Sobre el desarrollo principialístico y normativo de este criterio, remitimos al capítulo XII "los subsidios y las contribuciones" del muy completo trabajo de MARÍN CORTÉS (2010).
- ⁵⁴ RSPD, Artículo 99.5.
- ⁵⁵ RSPD, Artículo 99.6.
- ⁵⁶ Conforme al Artículo 368 de la Constitución, "La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas".
- ⁵⁷ De conformidad con el Artículo 1 de la Ley 1428 de 2010, por medio de la cual se modificó el Artículo 3 de la Ley 1117 de 2006, la aplicación de subsidios al costo de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y de gas combustible para uso domiciliario distribuido por red de tuberías de los usuarios pertenecientes a los estratos socioeconómicos 1 y 2 a partir del mes de enero de 2011 hasta diciembre de 2014 debe hacerse de tal forma que el incremento tarifario a estos usuarios en relación con sus consumos básicos o de subsistencia corresponda en cada mes como máximo a la variación del Índice de Precios al Consumidor; sin embargo, en ningún caso el porcentaje del subsidio puede ser superior al 60% del costo de la prestación del servicio para el estrato 1 y al 50% para el estrato 2. Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del citado artículo y lo dispuesto en el Artículo 99.6 del RSPD, para los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y distribución

de gas combustible, en ningún caso el subsidio puede ser superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3.

Para los usuarios de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, en ningún caso el subsidio puede ser superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 70% de este para el estrato 1; todo ello, de conformidad con el Artículo 99 de la Ley 1151 de 2007.

Es de resaltar que de conformidad con lo establecido en el Artículo 69 de la Ley 1341 de 2009, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos para telefonía pública básica conmutada local y local extendida, debían continuar destinando los porcentajes de subsidios de que trata el Artículo 99.6 del RSPD, hasta tanto el citado Artículo 69 fuese reglamentado, lo cual ocurrió el 26 de mayo de 2010 con la publicación en el diario oficial 47.721 de la Resolución 588 del mismo año, expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

⁵⁸ Para el sector de acueducto y saneamiento básico los FSRI son de carácter municipal. A estos ingresan las contribuciones de los usuarios de los estratos altos y de los usuarios comerciales e industriales, y, en caso de que tales contribuciones no sean suficientes para cubrir el déficit, éste debe ser asumido por el municipio con otras fuentes fiscales de financiación. Estas fuentes, de conformidad con el Artículo 100 del RSPD y en concordancia con los artículos 14 del Decreto 565 de 1996 y 11 de la Ley 1176 de 2007 son los ingresos corrientes y de capital; los recursos del Sistema General de Participaciones; los recursos provenientes del 10% del impuesto predial unificado al que se refiere el artículo 7 de la Ley 44 de 1990 y los recursos provenientes de las regalías por concepto de explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado.

En relación con los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, el fondo de solidaridad es de carácter nacional y es administrado por el Ministerio de Minas y Energía. Todo ello, de conformidad con lo establecido en el Artículo 89 del RSPD, el Artículo 47 de la Ley 143 de 1994 y la Ley 286 de 1996, reglamentadas para estos efectos por los decretos 847 de 2001 y 201 de 2004. Para tales servicios se estableció una bolsa de compensación entre subsidios y contribuciones. Los recursos que ingresan a ésta se distribuyen entre las zonas que generan exce-

des y desbalances; en caso de que se presente déficit, este es asumido con cargo a los recursos del presupuesto nacional.

⁵⁹ En todo caso, es importante resaltar que de conformidad con el inciso tercero del párrafo segundo del Artículo 2 de la Ley 1430 de 2010, a partir del año 2012, el sobreprecio con el que contribuyen los usuarios industriales para financiar los subsidios otorgados para el sector eléctrico, se elimina.

⁶⁰ Es importante señalar que de conformidad con el Artículo 368 de la Constitución, el otorgamiento de subsidios es potestativo para la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, pues la norma dispone que estos "podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas" (subrayado fuera de texto). No obstante, el RSPD impuso a algunos entes estatales la obligación de concederlos. El fundamento genérico de esta obligación reside en el Artículo 88.1 del RSPD el cual dispone que "En el evento de que los 'Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos' no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o nacional" (Subrayas fuera de texto).

Para el caso de los municipios, los artículos 5.3 del RSPD y párrafo segundo del Artículo 11 de la Ley 1176 imponen aquella obligación, la de otorgar subsidios, además, en términos específicos. En relación con los departamentos, no existe una disposición específica que le asigne aquella obligación; no obstante, en caso de que decidan otorgarlos, el Artículo 99.9 del RSPD señala que debe darse preferencia a los municipios que tengan menor capacidad para dar subsidios. Finalmente, en relación con la Nación, el Artículo 67.4 del RSPD señala que corresponde a los ministerios de cada ramo identificar los montos de subsidios a entregar, los criterios para su asignación y presentar la propuesta respectiva para su inclusión en el presupuesto general de la Nación.

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003. Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, 25 de febrero de 2003.

