

**LA REGULACIÓN DEL OPERADOR DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE
TRANSPORTE PÚBLICO (SETP) EN LA CIUDAD DE PASTO Y LA LIBRE
COMPETENCIA ECONÓMICA POR EL MERCADO DURANTE LOS AÑOS 2009
A 2016**

JUAN MANUEL MARTÍNEZ RIVERA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2018**

**LA REGULACIÓN DEL OPERADOR DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE
TRANSPORTE PÚBLICO (SETP) EN LA CIUDAD DE PASTO Y LA LIBRE
COMPETENCIA ECONÓMICA POR EL MERCADO DURANTE LOS AÑOS 2009
A 2016.**

JUAN MANUEL MARTÍNEZ RIVERA

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Abogado**

Asesor:

Mag. OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO**

2018

NOTA DE RESPONSABILIDAD

—Las ideas y conclusiones aportadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autor.

Artículo 1 del Acuerdo No. 324 de Octubre 11 de 1966 emanado por el Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del Jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, Febrero 2 de 2018.

AGRADECIMIENTOS

Total gratitud a mi padre, quien forjó, a través del ejemplo y los más caros sentimientos, la importancia del sacrificio y la constancia para lograr los sueños propios y los de quienes amamos.

Agradezco igualmente a Liseth, cuyo amor y apoyo incondicional fueron fundamentales para sortear la etapa más difícil de mi vida y retomar el rumbo trazado.

Infinitas gracias a mis queridos docentes, aquellos que supieron alentar y orientar el ánimo vital de nosotros sus estudiantes hacia la pasión por el Derecho y en especial el humanismo, garantizando la pervivencia de los ideales que mantienen aún por lo alto a nuestra casa de estudios.

Agradezco de sobre manera a mi profesor Omar Cárdenas, quien en el momento de mayor incertidumbre trazó con meridiana certeza las bases de una perspectiva del Derecho que espero enriquecer en el trasegar de mi carrera profesional y académica, sin su confianza este trabajo no habría sido posible.

Finalmente, agradezco a mi equipo de trabajo en el Concejo Municipal de Pasto, la posibilidad de abordar hombro a hombro problemas como el presente, en las circunstancias de mayor exigencia, ha permitido formarme integralmente con la mayor rigurosidad técnica posible y sin perder de vista la siempre necesaria sensibilidad social.

Dedicado a mi padre. Nuestros sueños, aquellos que juntos trazamos y cultivamos con tanto cuidado y cariño serán el legado que más atesoraré.

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	18
1. EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA POR EL MERCADO EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO AUTOMOTOR DE PASAJEROS EN EL MARCO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO ...	19
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA DIMENSIÓN Y ALCANCES DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, A TRAVÉS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS	19
1.1.1. Origen y conceptualización de la Economía social de mercado	19
1.1.2. El concepto de mercado, fallas de mercado e intervención estatal	21
1.1.3. La economía social de mercado y el modelo constitucional colombiano	22
1.1.4. La tensión constitucional entre el constitucionalismo tradicional y el Neoconstitucionalismo en el marco de la Economía Social de Derecho	24
1.1.5. Los servicios públicos como herramientas del Estado Social de Derecho	30
1.1.6. El derecho al acceso al servicio de transporte como derecho fundamental	33

1.1.6.1. El servicio público de transporte como elemento prestacional de la libertad de locomoción	34
1.1.6.2. El servicio público de transporte como elemento prestacional del derecho a la salud y a la educación.....	35
1.1.6.3. El servicio público de transporte como elemento para asegurar la igualdad a personas en condición de discapacidad.	37
1.1.7. El derecho al acceso al servicio de transporte como derecho colectivo	39
1.2. ANÁLISIS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO RAMA DEL DERECHO Y SU MARCO JURÍDICO EN COLOMBIA	40
1.2.1. Derecho de la competencia: ¿derecho privado, público o económico?	40
1.2.2. Origen y desarrollo histórico del derecho de la competencia en los Estados Unidos y la Unión Europea	41
1.2.2.1. El derecho de la competencia en los Estados Unidos	41
1.2.2.2. El derecho de la competencia en la Unión Europea.....	47
1.2.3. Origen y desarrollo histórico del derecho de la competencia en Colombia	50
1.2.3.1. Derecho constitucional y regímenes de competencia	50
1.2.3.2. Desarrollo histórico del derecho de la competencia en Colombia	56
1.2.3.2.1. El Decreto 2061 de 1955, la Ley 155 de 1959 y el régimen de competencia en el marco de un modelo de sustitución de importaciones.	58
1.2.3.2.2. El régimen de competencia en la actual apertura económica	60

1.2.3.2.3. El régimen de competencia, a través del derecho administrativo sancionatorio	62
1.3. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS.	64
1.3.1. El derecho de la competencia en los servicios públicos	64
1.3.2. Regulación ex ante y ex post	65
1.3.3. Los mecanismos para el otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros como garantías de la competencia por el mercado	66
2. CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA Y OPERATIVA DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO (SETP) DE LA CIUDAD DE PASTO.	71
2.1. CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO AUTOMOTOR DE PASAJEROS	71
2.1.1. Elementos y principios básicos de la economía del transporte	71
2.1.2. Los costos del servicio de transporte	73
2.1.3. El mercado del transporte como un sector regulado.	75
2.1.4. Competencia por el mercado en el otorgamiento de la operación de un monopolio natural	79
2.1.5. La subasta como un instrumento económico en la competencia por el mercado.	80

2.2. CARACTERIZACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO (SETP) EN PASTO	83
2.2.1. La movilidad en América Latina y el Caribe: Altas proyecciones de crecimiento urbano y la necesidad de estrategias contra la desigualdad	83
2.2.2. Fallas del servicio de transporte público colectivo de pasajeros en América Latina y el Caribe	85
2.2.3. El transporte público colectivo de pasajeros en la ciudad de Pasto como representación de las graves fallas de los sistemas de transporte urbano en Colombia.	87
2.2.4. Los problemas estructurales que debe afrontar el Sistema Estratégico de Transporte Publico en Pasto	89
2.2.5. La propuesta del Sistema Estratégico de Transporte Publico y la reformulación de la relación entre el sector público y privado	90
2.2.6. La implementación del Sistema Estratégico de Transporte Publico en la ciudad de Pasto	94
2.2.7. Las fases de ejecución del Sistema Estratégico de Transporte Publico en Pasto	97
3. EL CASO DE LA REGULACIÓN DE LOS OPERADORES DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PUBLICO (SETP) DE LA CIUDAD DE PASTO Y EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA POR EL MERCADO DURANTE LOS AÑOS 2009 A 2016.	99
3.1. EL RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA EN EL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS EN COLOMBIA	99
3.1.1. Los modelos de prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros.	99

3.1.1.1. El modelo de libre competencia entre particulares prestadores del servicio público colectivo de pasajeros.	99
3.1.1.1.1. Operación del servicio a través de contrato de concesión.....	100
3.1.1.1.2. Operación del servicio a través de permiso de operación.	100
3.1.1.1.3. Los instrumentos jurídicos para el otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo y el derecho a la libre competencia por el mercado.	101
3.1.1.1.4. El derecho a la libre competencia en el mercado del servicio público de transporte colectivo de pasajeros.	102
3.1.1.2. El modelo de prestación directa del servicio público de transporte colectivo de pasajeros por parte del Estado.....	102
3.1.2. La aplicación de excepciones al régimen de libre competencia en el servicio público de transporte colectivo de pasajeros en Colombia.....	103
3.2. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LOS OPERADORES DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO (SETP) DE LA CIUDAD DE PASTO DURANTE LOS AÑOS 2009 A 2016	107
3.2.1. El servicio público de transporte colectivo de pasajeros en la ciudad de Pasto.	107
3.2.1.1. El mercado relevante.	107
3.2.1.2. La oferta antes de la implementación del Sistema Estratégico de Transporte Publico.....	108
3.2.1.3. La demanda antes de la implementación del Sistema Estratégico de Transporte Publico.....	109

3.2.1.4. La regulación de la operación del Sistema Estratégico de Transporte Público en la ciudad de Pasto y los mecanismos de asignación de su operación.	111
3.2.1.5. La regulación de los mecanismos de asignación de la operación del Sistema Estratégico de Transporte Público en la ciudad de Pasto: Un esquema que infringe el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.....	114
3.3. PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS MECANISMOS DE ASIGNACIÓN DE LA OPERACIÓN DE LOS SISTEMAS ESTRATÉGICOS DE TRANSPORTE PÚBLICO EN COLOMBIA	117
3.3.1. El permiso de operación en los sistemas estratégicos de transporte público: Selección del operador de un monopolio natural sin reglas claras.....	115
3.3.2. Los aportes del contrato de concesión a los sistemas estratégicos de transporte público a la luz de la teoría económica de los contratos incompletos.	118
3.3.3. La teoría de las subastas como instrumento para incentivar la competencia por el mercado en los sistemas estratégicos de transporte público.	124
4. CONCLUSIONES.....	127
5. RECOMENDACIONES.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	132

LISTA DE CUADROS

Pág.

Cuadro 1. Tradiciones constitucionales y regímenes de competencia 54

Cuadro 2. Prestadores del servicio público de transporte colectivo de pasajeros en Pasto autorizados hasta el 27 de agosto de 2015. 108

LISTA DE GRÁFICOS

	Pág.
Gráfico 1. Escenarios constitucionales del derecho fundamental al transporte	38
Gráfico 2. Distorsión del precio generado en un monopolio natural	76
Gráfico 3. Control regulatorio sobre el precio y la cantidad ofrecida en un monopolio natural.	76
Gráfico 4. Ilustración de los principios de los sistemas estratégicos de transporte público	92
Gráfico 5. Ilustración de la tipología de vehículos recomendados para el Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasto	97
Gráfico 6. Distribución modal de viajes en Pasto	109
Gráfico 7. Número de viajes por modo de transporte en Pasto durante el periodo 2003 a 2015.....	110
Gráfico 8. Contrato incompleto: costos ex ante y ex post.....	121

GLOSARIO

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: modelo metodológico que hace uso de un hombre racional, el cual permitirá, además de explicar, predecir el comportamiento de las personas ante las normas, a partir de su ánimo por maximizar sus intereses al enfrentarse al ordenamiento jurídico, entendiendo a la estructura de la norma como generadora de incentivos o desincentivos para su efectivo cumplimiento.

DERECHO DE LA COMPETENCIA: rama del Derecho que busca hacer efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se intenta garantizar tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: modelo económico que respecto de los aportes retomados de la tradición económica y política liberal partió de un concepto de libre mercado como mecanismo ideal de asignación de recursos como regla general, el cual excepcionalmente necesita ser complementado, a través de herramientas de intervención estatal con el objeto de corregir aquellas fallas que lo alejan de una asignación competitiva y garante de la dignidad humana.

SERVICIO PÚBLICO: toda actividad organizada tendiente a resolver necesidades de interés general, colectivas o públicas de la población, en forma regular, continua y obligatoria, de acuerdo con un régimen jurídico especial de derecho, bien la preste el Estado, directa o indirectamente, los particulares o la comunidad, bajo la participación activa de la Administración Pública en su regulación y control.

SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO: programa de apoyo técnico y financiero propuesto por el Gobierno Nacional, el cual surgió como una alternativa a los problemas estructurales del transporte público, así como los problemas derivados de que se desprenden de cada ciudad intermedia participante, cuya finalidad fue la racionalización de los sistemas de administración de tráfico, maximizar la utilización de la infraestructura existente, vincular capital y eficiencia de inversionistas privados y minimizar los costos de expansión vial.

RESUMEN

En concordancia con lo previsto en la Constitución Política en sus artículos 333, 334 y 365 los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, los particulares o ambos en condiciones de igualdad y libre competencia, la elección dependerá de la regulación que se defina sectorialmente. A pesar de estas disposiciones, los mecanismos de otorgamiento de la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros en el país han sido regulados de manera vaga e imprecisa bajo el enfoque del Derecho de competencia colombiano.

En ese mismo sentido, aunque distintas ciudades colombianas han optado por el otorgamiento de contratos de concesión como mecanismos de asignación de la operación del transporte (los casos más destacados se refieren a sistemas masivos de transporte como los de Medellín, Bogotá o Cartagena), por su parte, la implementación del Sistema Estratégico de Transporte en la ciudad de Pasto se ha realizado, a través de la figura del permiso de operación. En consecuencia, la propuesta del trabajo de grado que se plantea trae aparejada una inquietud mucho más focalizada que representa su motivo principal: ¿la regulación de estos dos mecanismos utilizados para el otorgamiento de la operación del servicio garantiza plenamente los estándares definidos por el régimen de competencia colombiano?

La situación descrita amerita un análisis concienzudo, a partir de los debates que se entretengan respecto del papel del Estado en la economía y los instrumentos más idóneos consagrados para llevar a cabo tal facultad con el objetivo de determinar las implicaciones en materia de derechos fundamentales, derechos colectivos y competencia económica que pueden derivarse de los mecanismos establecidos para el otorgamiento del mercado del servicio público de transporte colectivo de pasajeros.

Palabras clave: Sistema Estratégico de Transporte público, contrato de concesión, permiso de operación, Derecho de la competencia, derecho fundamental al acceso al servicio de transporte público, derecho colectivo al acceso al servicio de transporte público.

ABSTRACT

According to the provisions of Colombia's Constitution of 1991 and its articles 333, 334 y 365, public utilities can be offered by the government, the individual or both. These are offered in conditions of equality and free competence, with the choice depending on sectorial regulation. Despite these constitutional provisions, from the competition law perspective, the awarding mechanisms regarding public transport operation in Colombia has been regulated in a vague manner.

In the same vein, although different cities in Colombia choose concession contracts to award the public transport operations (the most relevant cases are the public transport systems of Bogotá, Medellín and Cartagena), Pasto uses the figure of license of operation when implementing the Strategic Public Transport System (SETP according to its Spanish acronym). As a result, the dissertation strives to resolve the following concern, and which represents the main purpose of this paper: Does the regulation of these two mechanisms promote the standards defined by the Colombian competition law?

The aforementioned situation demands a thorough analysis starting from the debates concerning the government's role in the economy and discussing which tools are more suitable tools regarding this faculty, with the aims of establishing the implications in fundamental rights, collective rights and economic competence of established mechanisms in the awarding of public transport services.

Keywords: Strategic Public Transport System, concession contracts, license of operation, competition law, fundamental right to public transport services access, collective right to public transport services access.

INTRODUCCIÓN

La intervención del Estado en las relaciones económicas no ha resultado ser un concepto pacífico en el desarrollo del siglo XX y lo que va de nuestro siglo, mucho menos lo han sido las herramientas a utilizar para materializarlo. Sin embargo, en el primer capítulo de este trabajo se aborda el paulatino florecimiento del deber constitucional atribuido al Estado de garantizar la satisfacción de derechos constitucionales, especialmente aquellos derechos cuyo núcleo duro exigen la utilización de una amplia gama de herramientas de carácter económico para ser efectivamente materializados.

Dentro del espectro de herramientas disponibles para el Estado los servicios públicos son posteriormente objeto de análisis, especialmente el servicio público de transporte, así como su protección y conceptualización jurídica como derecho fundamental y colectivo.

En el marco de este primer capítulo, se busca que el derecho de la competencia como rama del derecho sea comprendido, a través del estudio de los aportes del derecho comparado y el desarrollo histórico del derecho de la competencia nacional, como una herramienta crucial para el desarrollo económico del país y en lo que nos convoca como un mecanismo para garantizar la prestación efectiva y eficiente de los servicios públicos.

Por otra parte, en el segundo capítulo de este trabajo se busca evidenciar por qué el servicio público de transporte posee unas características determinadas en gran medida por las tecnologías y sistemas de organización implementados lo que a su vez deriva en el motivo de la necesidad de un tratamiento diferenciado económica y jurídicamente. Bajo este marco conceptual se espera así mismo caracterizar a los sistemas estratégicos de transporte público (SETP) como modos de transporte que pretenden resolver aquellas fallas de orden económico, jurídico, administrativo y especialmente de movilidad de las que se deriva.

Finalmente, en el tercer capítulo se busca aplicar los conceptos previamente desarrollados en la regulación diseñada para el otorgamiento de la operación del servicio público de transporte a partir de la implementación del SETP. Por lo tanto, se pretende abordar cómo se ha configurado normativamente el régimen de libre competencia en el servicio público de transporte colectivo de pasajeros en Colombia, los escenarios en que se desarrolla el mismo y así mismo como este diseño regulatorio garantiza o no la libre competencia por el mercado en el específico caso del otorgamiento de la operación del SETP en la ciudad de Pasto. Por último, se realizan algunas propuestas encaminadas a armonizar las características del SETP y el régimen de competencia colombiano bajo el amparo de la teoría económica de los contratos y las subastas.

1. EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA POR EL MERCADO EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO AUTOMOTOR DE PASAJEROS EN EL MARCO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA DIMENSIÓN Y ALCANCES DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, A TRAVÉS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS

1.1.1 Origen y conceptualización de la Economía social de mercado. La economía social de mercado es una muestra de la capacidad de cambio y adaptación del sistema económico y social capitalista, como hace mención Cotarelo¹ previo a que se implementase, a través de formas políticas concretas, la idea de que el Estado interviniera en las relaciones económicas privadas en desarrollo de condiciones de normalidad todavía era objeto de una fuerte resistencia a principios del siglo XX.

Para Rodrigo Uprimny², anteriormente el papel del Estado liberal fue orientado hacia la protección de unas garantías de no-intervención, tales como los pesos y contrapesos de las ramas del poder (división de poderes y el control de constitucionalidad) y lo que se denominaron como derechos de naturaleza negativa, es decir, mecanismos que garantizaran libertades contra el actuar del Estado. Es así como el Estado era llamado a impedir y resolver cualquier interferencia a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos.

Lo anterior no implica que las constituciones liberales fuesen ajenas a adoptar un modelo económico, por el contrario, Santaella hace referencia a que la misma ausencia de una regulación expresa de la economía reforzaba su concepción liberal de una economía en la que los poderes públicos no interfirieran en la libre iniciativa privada³.

Sin embargo, fue durante el siglo XX que esta concepción liberal del Estado comenzó a tornarse insuficiente ante el afán de lograr una “justicia material mínima” que justifique la existencia del Estado mismo, a través de la protección de unos derechos que pasaron a denominarse de carácter positivo, es decir, cuya

¹ Cotarelo, García, R. Crisis y reformulación del Estado de bienestar. En: Tecnos. Madrid. 1998.

² Uprimny Yepes, R. et al. Dialogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico. En: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Bogotá. 2007.

³ Santaella Quintero, H. El modelo económico en la Constitución de 1991. En: Revista Derecho del Estado. Bogotá. 2001. Volumen 2, No. 11. p.-p 85-93. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/857/812>. Con acceso el 10-11-2017.

realización depende de la acción estatal. Lo anterior generó un intenso debate que paulatinamente se decantó en respuestas institucionales y políticas concretas, cuyo objetivo fue solventar estas carencias.

Si bien es cierto, durante inicios del siglo XX las propuestas de constitucionalizar programáticamente un rol más activo por parte del Estado en la economía no fueron ampliamente generalizadas y difundidas a nivel internacional, se lograron constituir como importantes antecedentes la Constitución de Querétaro (1917) y especialmente en la Constitución de Weimar (1919). Es así como en el marco del proceso constitucional que dio origen a la Constitución de Weimar, el espíritu de la polémica entre la concepción económica capitalista y la socialista no fue propiamente confrontacional, sino tal como lo mencionó Heller⁴, el de la conciliación orientada a una más justa distribución de los recursos. Ambas constituciones ofrecieron garantías frente a la limitación del libre despido, la jornada laboral, las vacaciones remuneradas y demás derechos de carácter social.

Otro importante antecedente fue Estados Unidos. No fue hasta la crisis económica de 1929 que se advirtió la necesidad de un rol más activo por parte del Estado en la economía, a través de políticas intervencionistas y reguladoras, como alternativa para corregir las consecuencias de unos mercados erráticos capaces de generar desastrosas consecuencias sociales. Muestra de lo mencionado es el conocido *New Deal* estadounidense, ejemplo de un keynesianismo puesto anticipadamente en práctica, el cual supo anteponerse ante la intensa disparidad que se generó entre el presidente Franklin D. Roosevelt y la marcada posición liberal del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Los anteriores casos, sumados a experiencias como la legislación socialmente progresista emitida por el Frente Popular en Francia en 1936 o el *National Health Service* y la nacionalización de sectores industriales y de servicios ingleses, entre otras, trazaron según Cotarelo⁵, los indicios de un modelo de Estado a ser desarrollado en los años venideros.

No obstante, no se obtiene un esfuerzo más decantado e integral de intervención económica de carácter social y liberal hasta que surge el concepto de Economía Social de Mercado (ESM) como un modelo jurídico- económico mixto, el cual surgió gracias a los aportes de los miembros de la Escuela de Friburgo, pasando a implementarse posteriormente por la República Federal de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia de las tendencias totalitarias de aquel tiempo, para Resico⁶ se procuró, por un lado, retomar los aportes de la

⁴ Heller, Hermann. El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales. Sección V: De la Economía. En: Alianza. Madrid. 1985.

⁵ Cotarelo, García, R. Crisis y reformulación del Estado de bienestar. En: Tecnos. Madrid. 1998.

⁶ Resico, M. Introducción a la economía social de mercado. 2011. [En línea]. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_29112-1522-4-30.pdf?111103181408. Con acceso el 27-10-2017.

tradición económica y política liberal con una clara fundamentación en la dignidad humana, y por el otro, la tradición social cristiana de solidaridad y cooperación.

Respecto de los aportes retomados de la tradición económica política y económica liberal se partió de un concepto de libre mercado como mecanismo ideal de asignación de recursos como regla general, el cual excepcionalmente necesita ser complementado, a través de herramientas de intervención estatal con el objeto de corregir aquellas fallas que lo alejan de una asignación competitiva que garantice la dignidad humana. Es así como se intenta sintetizar y armonizar los aportes de dos tradiciones económicas y políticas distintas en este modelo económico, tal como lo describe Marcelo Resico: “En este sentido propone un marco teórico y de política económico-institucional que busca combinar la libertad de acción individual dentro de un orden de responsabilidad personal y social”⁷.

1.1.2 El concepto de mercado, fallas de mercado e intervención estatal. Con el ánimo de definir con mayor claridad el papel y la lógica del Estado en una economía social de mercado es necesario abordar a grandes rasgos los conceptos de mercado y fallos de mercado.

De manera sintética los profesores Robert. S. Pyndick y Daniel L. Rubenfield definen de la siguiente manera el concepto de mercado: “*Conjunto de compradores y vendedores que a través de sus interacciones reales o potenciales determinan el precio de un producto o de un conjunto de productos*”⁸.

Con el ánimo de ampliar esta definición y la significación de sus componentes más importantes se debe asimilar al mercado como un punto de encuentro teórico, a pesar de su acepción espacial, en la que se puede producir la interacción de distintos agentes con el objeto de intercambiar bienes y servicios. Estos intercambios buscan a su vez la mayor obtención de beneficios en las mejores condiciones posibles, considerando la necesidad que tiene cada agente de optimizar sus recursos escasos, lo que a su vez deriva en la búsqueda de distintas alternativas de bienes y servicios ofertados, generándose así una puja por encontrar tanto la mejor demanda como la mejor oferta posibles para una transacción, reduciéndose la posibilidad del abuso del poder de negociación de uno o varios agentes⁹.

En ocasiones las interacciones que parten de soluciones privadas no resultan económicamente óptimas y en consecuencia el Estado asume subsidiariamente la facultad de diseñar mecanismos económicos que corrijan estas fallas, a través de normas jurídicas que garanticen el interés general al propiciar la competencia económica o una red de mecanismos de seguridad que permitan el goce de

⁷. Ibid.

⁸ Pyndick, R. y Rubenfield, D. Microeconomía. En: Pearson Educación, S.A. Madrid. 2009.

⁹ Resico, M. Introducción a la economía social de mercado. 2011. [En línea]. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_29112-1522-4-30.pdf?111103181408. Con acceso el 27-10-2017.

servicios que no serían atendidos por el mercado de manera universal con las debidas garantías a la dignidad humana.

Tal como lo describe Huapaya Tapia, cuando las normas dispositivas que surgen de la autonomía privada entre agentes económicos no resultan efectivas aparece la figura de la intervención estatal:

[...] cuando las normas dispositivas y la autonomía de la voluntad (poder de disposición o transacción que ostentan los sujetos privados sobre su patrimonio, bienes y derechos) no son suficientes para lograr un funcionamiento pleno del mercado y se producen distorsiones en precios, calidad o en la misma provisión de los bienes y servicios necesarios para el sistema económico, o siendo más explícitos, cuando la competencia en un mercado determinado, no es suficiente para producir los beneficios que ofrece el proceso competitivo, se produce la intervención correctiva u orientadora del Estado en la economía mediante mecanismos de derecho público [...] ¹⁰.

1.1.3 La economía social de mercado y el modelo constitucional colombiano. En cuanto a la adopción de una economía social de mercado como modelo en nuestro país es fundamental partir del modelo económico establecido por el constituyente en la Constitución Política y su relación con la naturaleza de los mecanismos económicos consagrados en la misma. Al respecto, el profesor Rodrigo Uprimny, ha concluido que, si bien nuestra Constitución ha optado por un modelo económico abierto como la economía social de mercado, las políticas económicas concretas dependerán, en términos de Diego López Medina¹¹, del “escenario constitucional” en específico que se pueda configurar:

La Constitución de 1991 es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en la medida en que no solo reconoce derechos liberales, sino también derechos sociales y les da fuerza normativa, pero es una Constitución abierta porque admite políticas económicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales, las cuales pueden variar dependiendo del grado de las restricciones impuestas por la misma Constitución¹².

En cuanto al contenido del concepto de economía social de mercado la misma Corte Constitucional ha esclarecido su significación en nuestra Constitución y la

¹⁰ Huapaya Tapia, R. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la Regulación. En: Revista Ius Et Veritas. Volumen 1, No. 40, 2010. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157/12722>. Con acceso el 15-10-2017. p. 3

¹¹ López Medina, D. El Derecho de los Jueces. Bogotá. En: Legis. Bogotá. 2013.

¹² Uprimny Yepes, R. et al. Dialogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2007, p. 18.

conciliación de conceptos económicos y políticos, tal como se mencionó en sentencia C- 197 de 2012:

La Constitución de 1991, especialmente al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social (artículo 333 superior), y por esta vía, se reconoce la importancia de una economía de mercado y de la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (artículos 333, 334 y 335 constitucionales)¹³ (Corte Constitucional, sentencia C- 197, 2012).

De lo anterior se desprende un sistema mixto en el que la intervención estatal busca modular las fallas de mercado con el objeto de garantizar una justicia material como exigencia del Estado Social de Derecho, sin desnaturalizar a su vez la economía de mercado como sistema, ni derechos pilares como la iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre competencia¹⁴.

Ahora, respecto de los mecanismos económicos establecidos por la Constitución Política de 1991 para materializar una economía social de mercado que garantice los mejores componentes tanto de la tradición liberal como de la más intervencionista, representada esta última en la cláusula del Estado Social de Derecho, la misma Constitución consagró la dirección general de la economía en cabeza del Estado, a través de distintas herramientas dispuestas tanto en su componente dogmático como orgánico destinadas a ser llevadas a la práctica por la actuación concatenada de los poderes públicos.

Estas herramientas económicas difieren de la misma facultad que le haya sido asignada a cada poder público y órgano del Estado por la Constitución, tal como lo describe la Corte Constitucional en Sentencia C-186 de 2011, en un análisis más detallado de las herramientas de las que dispone el Estado colombiano al intervenir la economía:

Bajo la anterior perspectiva la intervención estatal en la economía se justifica no sólo desde una perspectiva organizacional, sino también desde un punto de vista axiológico, pues persigue la materialización de principios y valores consagrados en la Carta Política. Tal es precisamente el alcance del artículo 334 Superior, precepto que radica en cabeza del Estado la dirección de la economía y prevé la intervención estatal en todas las actividades económicas para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y

¹³ Colombia. Corte Constitucional. (14 de marzo de 2012). Sentencia C- 197. [MP Jorge Pretelt].

¹⁴ Santaella Quintero, H. El modelo económico en la Constitución de 1991. En: Revista Derecho del Estado. Bogotá. 2001. Volumen 2, No. 11. p.p 85-93. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/857/812>. Con acceso el 10-11-2017.

beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano', entre otros propósitos. // La intervención estatal en la economía está a cargo de distintos poderes públicos y se materializa por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos, al igual que en la definición de las políticas públicas sobre la materia¹⁵.

Finalmente, previo al uso de los distintos instrumentos jurídicos de los que dispone la Constitución para intervenir la economía se configura como una obligación la interpretación sistemática del Estado Social de Derecho y las categorías que desprenden de esta cláusula con el objeto de materializar armónicamente una economía social de mercado que garantice la libertad e iniciativa privadas y a su vez la dignidad humana de los ciudadanos que necesiten una mínima cobertura de servicios a través de la intervención del Estado¹⁶.

1.1.4 La tensión constitucional entre el constitucionalismo tradicional y el Neoconstitucionalismo en el marco de la Estado Social de Derecho. El presente aparte tiene como objetivo definir con mayor claridad una pugna entre lo que podría denominarse constitucionalismo tradicional como aquella posición jurídica que sustrae los postulados constitucionales liberal-conservadores y el Neoconstitucionalismo al momento de definir la orientación jurídica del Estado en los diversos debates económicos, especialmente cuando nos encontramos ante un modelo mixto que hace uso de conceptos sino opuestos, si configurativos de una tensión que puede llevar a la restricción mutua.

En palabras del profesor Gargarella, en Colombia, como en el resto de Latinoamérica, las *“Constituciones fundacionales –las que sentaron las bases de las actuales instituciones– fueron producto de un pacto entre elites liberales y conservadoras que organizaron una estructura de poder contramayoritaria,*

¹⁵ Colombia. Corte Constitucional. (16 de marzo de 2011). Sentencia C- 186. [MP Humberto Sierra].

¹⁶ Cortés Bravo, S. El Estado, la constitución y la economía de mercado. [En línea]. Disponible en <https://es.scribd.com/document/324283070/El-Estado-La-Constitucion-y-La-Economia-de-Mercado-Sonia-Cortes>. Con acceso el 20-11-2017.

*claramente opuesta a la intervención masiva de la ciudadanía en política*¹⁷. Esta misma capacidad se evidenció en la relación Estado- economía al propender, como ya se mencionó anteriormente, por un modelo económico liberal que protegiese la propiedad privada, las libertades personales básicas y las garantías contra la confiscación, así como la libre iniciativa privada a partir de la regulación constitucional por defecto de las funciones Estatales frente a la economía.

Posteriormente, al desarrollarse institucionalmente el concepto de Economía Social de Mercado, la respuesta de los sectores progresistas en países como Colombia en el marco de procesos constitucionales, fue la de incorporar una generosa lista de derechos sociales, económicos y culturales (DESC) y colectivos con el objeto de remediar un mal estructural como la inequidad. Lo anterior, propició un reajuste en el componente ya no solo sustancial, sino orgánico de nuestra Constitución de 1991, ya que implicó unas facultades mayores para el poder judicial al otorgarle el papel de guardián de estos derechos¹⁸.

Sin embargo, no fue hasta que la discusión sobre la aplicación constitucional de los DESC en tribunales de cierre como la Corte Constitucional que ésta se tornó pugnaz y evidenció tensiones con derechos de corte liberal- conservador. Es así como se tuvo mayor claridad sobre la importancia de dimensionar la capacidad de resistencia de la estructura legal y constitucional ya instalada antes de la Constitución de 1991, así como su capacidad de obstaculizar, en términos de Gargarella¹⁹, el ingreso de “injertos” o “implantes” de proyectos normativos ajenos, en este caso unos nobeles DESC.

No basta entonces la incorporación de derechos sociales, económicos y culturales de orden constitucional por sí misma para que estos mismos florezcan en medio de un contexto no solamente jurídico, también económico, político y social hostil. Es necesario remover este tipo de obstáculos y la historia constitucional colombiana reciente ha demostrado que distintos actores, especialmente los ciudadanos y jueces pueden ofrecer propuestas encaminadas a revitalizar en el debate público la necesidad de una estructura constitucional consistente.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha demostrado que el contexto socioeconómico precario y conflictivo de un país como Colombia ejerce una influencia decisiva en el texto constitucional y su interpretación. Lo anterior, en medio de una contienda por la efectiva configuración de los mandatos constitucionales en los respectivos escenarios facticos, labor que exige un ejercicio hermenéutico que supere el ingenuo positivismo constitucional de antaño y lleve a que los derechos tengan la vitalidad que solo la interpretación dinámica les ofrece, tal como lo describe Eduardo Cifuentes:

¹⁷ Gargarella, R. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. En Rodríguez G. (Coord.), El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A., 2011, p. 89.

¹⁸ Ibidem., p. 2011.

¹⁹ Ibidem.

“Sin embargo, la consolidación de la norma constitucional como pauta efectiva de comportamiento y la definición precisa del sentido de su contenido prescriptivo, solo pueden identificarse con posterioridad a su aplicación, en una tarea que es de reconstrucción y de verificación de los resultados de la lucha que ella misma ha suscitado”²⁰.

Ante una facultad como la que tienen los jueces constitucionales a partir de nuestra actual carta política, los constantes y alarmantes niveles de inequidad en el país y la incorporación de los DESC, así como los derechos colectivos, cuyo propósito es el de atenuar esta inequidad, se evidenció un enorme reto: Garantizar una “libertad fáctica” para aquellas personas, cuyas condiciones materiales le impedían participar de un desarrollo de sus capacidades humanas.

Ya desde una etapa temprana en la existencia de la Corte Constitucional de nuestro país la discusión sobre la justiciabilidad de los derechos sociales generó mucho interés y posiciones encontradas. Sin embargo, la misma Corte, a través de su jurisprudencia y en un ejercicio de activismo, lideró una posición contraria a la eficacia meramente simbólica de los derechos sociales consagrados constitucionalmente, tal como lo planteaba la resistencia generada por un sector, cuya posición se encontró más próxima a una tradición conservadora- liberal²¹.

Durante su primera etapa la Corte Constitucional mantuvo una posición tradicional al definir que los DESC pertenecían a una categoría jurídica opuesta a la de los derechos subjetivos, cuya protección solamente era posible, a través de la teoría de la conexidad. De lo anterior es muestra la Sentencia T- 406 de 1992:

“Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales, en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental”.

Posteriormente la Corte Constitucional, a través de un progresivo cambio, definió una concepción radicalmente distinta, más garantista, la cual partió de dar claridad sobre lo que comprendemos como derecho fundamental, apoyándose en sus vínculos con la dignidad humana y rechazando las consideraciones de corte

²⁰ Cifuentes, E. El constitucionalismo de la pobreza. Revista Derecho, Vol. 4, No. 2, p-p 53- 77. [En línea]. 1995. Disponible en: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/2233>. Con acceso el 10-10-2017.

²¹ García Villegas, M. Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. En B. de Sousa y García M. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Un análisis sociojurídico (pp. 151-207). Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores. 2001.

empírico (cómo los derechos se hacen efectivos) como criterio diferenciador. De lo anterior, son ejemplo las sentencias T-016 de 2007 o T-447 de 2008.

Este paulatino desarrollo jurisprudencial se fundamentó en una concepción de los derechos sociales como aquellos que permiten la libertad de los ciudadanos, en palabras de Mauricio García Villegas:

“...los derechos sociales protegen la libertad al resguardar las condiciones materiales que la hacen posible o, dicho en otras palabras, los derechos sociales propenden por el mantenimiento de la igualdad material necesaria para la libertad efectiva o *libertad fáctica*”²².

Esta posición jurídica parte de que la pobreza y la inequidad han demostrado un subdesarrollo teórico en materia de derechos, lo cual se manifiesta, según el profesor Rodolfo Arango²³ en los ámbitos de:

- Su fundamentación: No se debe identificar derechos como espacios de no intromisión estatal, sino como posiciones normativas imprescindibles para asegurar la calidad y la dignidad de vida humana.
- Su estructura lógica: La correlatividad derecho- deber es errónea, porque desconoce que a cada derecho le corresponden no uno sino varios deberes correlativos.
- Su exigibilidad: Se ha definido restringida y erróneamente que solo los derechos fundamentales de libertad son exigibles judicialmente, por lo tanto, una teoría bien desarrollada no excluye a los derechos sociales de los derechos fundamentales, lo cual resuelve el problema de su exigibilidad, a través de la aplicación de los principios de subsidiariedad y solidaridad.

Es así como se manifiesta una tensión entre la posición liberal- conservadora, para quienes los derechos sociales son meras aspiraciones políticas o máxime mandatos dirigidos al legislador que deben ser realizados progresivamente, y la posición de sectores más progresistas para quienes los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales. Adicionalmente, la fundamentación de estos últimos surge de esclarecer una relación entre derechos y mercado con el ánimo de reconstruir las condiciones materiales en las que se desarrollan los derechos sociales.

La posición constitucional liberal- conservadora se ha basado en una relación ideal entre derechos y mercados bajo tres supuestos según Arango²⁴:

²² Ibidem., 456.

²³ Arango, R. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá: Universidad Externado, 2004.

²⁴ Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. En: Revista de Derecho Público, No. 12 (2), p-p 185- 212. Disponible desde Internet en:

1. Una concepción ideal de los derechos, la cual separa la titularidad de un derecho (prototípicamente de dimensión negativa) sobre su ejercicio, dando primacía al primer componente.
2. Una concepción ideal del mercado, la cual presupone un funcionamiento perfecto, eficiente y natural de los mercados. En estos mercados, en los que son tranzados derechos, los individuos actúan con plenas libertades e información, a través de transacciones eficientes en las cuales se genera un Óptimo de Pareto, es decir no es posible mejorar la situación de una persona sin desmejorar el bienestar de todas las demás.
3. Una asimetría entre los derechos de libertad y los derechos sociales lo que repercute en su justiciabilidad, ya que los derechos de libertad son anteriores al mismo Estado y por ende en el supuesto de un pacto social ameritarían una protección reforzada, mientras tanto los derechos sociales al ser posteriores y versar sobre prestaciones económicas ameritan un desarrollo legislativo expreso para ser protegidos.

Por otra parte, para Arango²⁵ la posición más progresista de los derechos sociales se ha basado en una relación realista entre derechos y mercados bajo tres supuestos muy diferentes:

1. Una concepción realista de los derechos, la cual parte de que la titularidad de un derecho por si sola tiene poco valor y de la necesidad de una relación entre titularidad y su ejercicio, ya que ante la colisión de derechos con estructura de principio es necesaria una respuesta que surja de un ejercicio de ponderación.
2. Una concepción realista de los mercados, que parte de que los mercados no son espontáneos y son objeto de fallas, por lo mismo están sustentados en la actuación y regulación del Estado, por lo que la titularidad de los derechos depende de los costos de su ejercicio, los cuales varían dependiendo de la existencia de instituciones que posibiliten su garantización.
3. Una simetría entre los derechos de libertad y los derechos sociales, ya que los derechos al no provenir de un orden natural previo al Estado, por el contrario, al fundamentarse en arreglos institucionales en los que participa el Estado, no se puede entender tal discriminación de protección para los derechos sociales, los cuales garantizan las condiciones materiales para ejercer los demás derechos de las personas.

De esta manera puede observarse que el análisis que motiva una posición más progresiva de los derechos sociales, implica una teoría de los derechos, que pretende “vincular las condiciones sociales y estructurales del mercado como

<https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=202%3A%20la-justiciabilidad-de-los-derechos-sociales-fundamentales&lang=en>. Con acceso el 10- 12- 2017.

²⁵ Ibidem.

arreglo institucional con la eficacia de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión horizontal como en su dimensión vertical”²⁶.

Se debe retomar la sugerencia que hace Andrés Palacios²⁷ sobre la posición desarrollada por el profesor Rodolfo Arango, ya que se propone precisar aún más la importancia de considerar como los mercados, a través de su relación demanda y oferta, llevan a la exclusión y a su vez a la vulneración de derechos sociales que pueden considerarse fundamentales en determinados casos, lo que ha implicado la activación de los mecanismos procesales para su protección por parte del juez constitucional.

Es así como a partir de esta fundamentación el mayor reto, tanto para la Corte Constitucional como para los jueces que ejercen un control constitucional difuso, en esta materia se ha representado en precisar que prestaciones son requeridas para garantizar los DESC y el derecho social en específico bajo determinadas condiciones materiales, ya que al tratarse de derechos con una dimensión prestacional se requiere de la evaluación de la medida más idónea que pueda surgir de un variado catálogo de acciones de protección.

Antes de definir cuál ha sido la posición adoptada por la Corte frente a los DESC, es importante definir porque se considera su posición como tal. A partir de la clase de medida determinada por parte del juez constitucional dentro del amplio catálogo de “remedios” es posible determinar a partir de unos criterios su grado de compromiso judicial con la garantización de los DESC, lo anterior a partir de la tipología propuesta por Mark Tushnet²⁸ y retomada posteriormente por Rodríguez Franco y Rodríguez Franco²⁹, para distinguir entre remedios fuertes y débiles. Los criterios utilizados por Tushnet son 1) la amplitud de las órdenes judiciales y 2) el grado en que estas son obligatorias y perentorias. Ahora, la tipología para determinar el umbral de protección de DESC es la siguiente:

- Remedios fuertes: Órdenes precisas orientadas hacia los resultados esperados.
- Remedios débiles: Permiten que las medidas a implementar queden a libre disposición de los sujetos responsabilizados.
- Remedios Moderados: Describen procedimientos y fines amplios, dejando las decisiones sobre los medios y las políticas a los sujetos

²⁶ Palacios, A. (2008). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales como un mecanismo de control constitucional a la actividad económica y los límites del constitucionalismo contemporáneo. Revista Contexto, No. 29 (2), p-p 67-92. Disponible desde Internet en: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2602>> Con acceso el 10- 12- 2017; p. 73.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Tushnet, Mark. Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. En Princeton: Princeton University Press. 2009.

²⁹ Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. En Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2015.

responsabilizados, pero se definen criterios y plazos para valorar los progresos.

Es así como puede calificarse a la Corte Constitucional colombiana como un tribunal constitucional que ha demostrado superar este umbral por su fuerte enfoque de derechos, ya que en palabras de Cesar Rodríguez y Diana Rodríguez:

[...] al adoptar la concepción de “núcleo mínimo” con respecto al contenido de los DESC. En esa perspectiva, los jueces tienen competencia para exigir a un gobierno que garantice al menos un nivel mínimo (“núcleo”) de bienestar material. La CCC tomó de manera explícita este enfoque en la T-025 y en la mayoría de su jurisprudencia sobre DESC³⁰.

Retomando lo anteriormente analizado, el tratamiento otorgado a los derechos sociales por la jurisprudencia de la Corte Constitucional parte de una Constitución valorativa, vinculante y abierta respecto de las medidas idóneas a adoptar como respuesta, pero dentro de ciertos límites, uno de ellos la garantía de preservación de su núcleo duro como derechos sociales fundamentales.

1.1.5 Los servicios públicos como herramientas del Estado Social de Derecho. Como se mencionó previamente, el Estado ante su obligación constitucional de garantizar la satisfacción de derechos constitucionales, tiene a su disposición una amplia gama de herramientas que pueden ser utilizadas con este fin, los servicios públicos son un de ellas.

Con anterioridad a la Constitución de 1991 e influenciados por la escuela de los servicios públicos francesa, el Estado asumió la prestación directa de diversos servicios públicos con el objetivo de satisfacer necesidades básicas que la ciudadanía no podría solventar financieramente por su propia cuenta.

Lo anterior generó confusiones a la hora de conceptualizar y aprehender la función del Estado a la hora de satisfacer necesidades sociales. Sin embargo, a través de la experiencia aprendida por el Derecho administrativo francés se logró en nuestro país distinguir entre dos conceptos que se desprenden de la noción general de actividad administrativa: La función pública formal o administrativa y la actividad material o técnica de la administración. La primera se refiere a la emisión de actos administrativos como facultad reglamentaria, mientras la segunda se refiere a la prestación de los servicios públicos, pero subsidiaria o simultáneamente con la iniciativa privada³¹.

³⁰ Ibidem., p. 31.

³¹ Bastidas Bárcenas, H. (2014). La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos. Revista Contexto, No. 41 (1), p-p 54- 61. Disponible desde Internet en: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3852>> Con acceso el 13- 12- 2017.

Lo anterior tiene concordancia con lo expuesto por la Corte Constitucional de nuestro país al ligar el concepto jurídico de servicio público con el objetivo último de la función material de la administración pública, el cual es solventar necesidades colectivas:

El servicio público no es simplemente un “concepto” jurídico, es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración, cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico³² (Corte Constitucional, sentencia T-578, 1992).

Posteriormente con la Constitución Política de 1991 la prestación de los servicios públicos pasó a delegarse a la iniciativa privada siempre y cuando se consideren las singularidades económicas y técnicas del servicio público en específico. Es así como el artículo 365 constitucional asigna no solamente al Estado, también a los particulares y a la comunidad la prestación de los servicios públicos, sin que esto implique la eliminación de la titularidad de las funciones de regulación, control y vigilancia de estos mismos servicios en cabeza del Estado.

A partir de la entrada de la iniciativa privada en la prestación de servicios públicos se hizo aún más necesaria la diferenciación entre la función pública formal o administrativa y la actividad material o técnica de la administración. Esta diferenciación fue bastante conveniente al dar claridad sobre la naturaleza de la prestación de servicios públicos por parte de los operadores privados, quienes simplemente permitían garantizar el cumplimiento de la actividad material de la administración pública, pero en ningún momento puede determinarse como una actividad propia de la función pública.

De lo anterior se desprende que los servicios públicos deban ser analizados bajo la dinámica de bienes de mercado, pero bajo la regulación, control y vigilancia del Estado con la finalidad de garantizar los derechos de los usuarios de estos servicios y los objetivos que se desprenden del interés general³³.

A pesar de lo previamente referido, el Estado continúa siendo el titular y garante de los servicios públicos, no obstante, los operadores privados o comunitarios presten estos servicios. Lo anterior con fundamento en los artículos 365 y 366, lo que implica según una veleidosa, pero mayoritaria línea jurisprudencial del

³² Colombia. Corte Constitucional. (3 de noviembre de 1992). Sentencia T-578. [M.P. Alejandro Martínez].

³³ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (17 de febrero de 2005). Expediente número: 27673, Radicación número: 500012331000200300277 01 [CP Alier Hernández Enríquez].

Consejo de Estado, que se transfiriere o delega la función de prestación de servicios, mas no la responsabilidad por parte del Estado³⁴.

La apertura a la iniciativa privada también implicó la transformación del régimen jurídico de las entidades que realizan la operación de los servicios públicos,

[...] al pasar de ser entidades de carácter administrativo, como son los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, a ser entidades de gestión económica o empresarial, como es el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta o sociedades públicas [...]³⁵.

Aunándosele a esto la generación de un régimen jurídico equivalente, es decir, de derecho privado o común, tanto en sus actos como contratos.

Finalmente, con el propósito de aprehender el concepto de servicio público como herramienta destinada a garantizar los objetivos del Estado Social de Derecho se pasarán a mencionar las tres características identificadas por Pachón Torres³⁶:

Finalidad social. A partir del artículo 365 de nuestra Constitución se prevé que los servicios públicos son “inherentes a la finalidad social del Estado”, es decir, inherentes al Estado Social de Derecho, desprendiéndose así la obligación constitucional de “asegurar la prestación eficiente” de los servicios públicos, bajo el principio de universalidad.

El carácter esencial de los servicios públicos. Retomando los aportes de Gil³⁷, Pachón describe el estatus constitucional diferenciado de los servicios públicos esenciales frente a los demás servicios públicos y su razón de ser, a partir de la obligación estatal de:

[...] garantizar un estándar mínimo de cobertura en razón de que el mercado no es capaz de brindar la cobertura mínima que demandan los usuarios y consumidores

³⁴ Vergara Mesa, H. (2009). La función administrativa: Una mirada desde el derecho colectivo al acceso y eficiente. Revista Estudios de Derecho, No. 148 (1), p-p 121-143. Disponible desde Internet en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/5209>. Con acceso el 20- 11- 2017.

³⁵ Ibidem., 126.

³⁶ Pachón Torres, A. Las concesiones de Transmilenio y SITP vs Los derechos de acceso al transporte público. Una perspectiva desde el análisis económico del Derecho. En Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2016.

³⁷ Alzate, M.C. La estratificación socioeconómica para el cobro de los servicios públicos domiciliarios en Colombia ¿Solidaridad o Focalización? En Santiago de Chile: Publicaciones de las Naciones Unidas. 2006.

para acceder en términos de calidad a la prestación de un bien o servicio que es esencial e inherente a sus necesidades básicas y dignas³⁸.

Esta obligación impide que, a diferencia de otros servicios, los servicios públicos esenciales sean tratados bajo las mismas reglas del mercado por parte de los particulares

Los sujetos que prestan servicios públicos. Como ya se mencionó nuestra Carta Política delegó la prestación de los servicios públicos a los particulares y a la comunidad organizada, alterando la estructura orgánica y, por qué no, funcional del Estado. Sin embargo, con base a lo dispuesto en nuestro artículo 365 constitucional, la regulación, control y vigilancia aún sigue en poder del Estado con la finalidad de garantizar los derechos de los usuarios.

Adicionalmente, con la intención de ejercer adecuadamente su nuevo rol y facultades, el Estado pasó a establecer y suscribir diversos instrumentos jurídicos, entre ellos el contrato de concesión, otorgando así la titularidad de la gestión o explotación de los servicios públicos que estaban en su control.

1.1.6 El derecho al acceso al servicio de transporte como derecho fundamental. Retomando el concepto de servicio público ya referido, a partir de la facultad otorgada por los artículos 150 y 365 de la Constitución Política se reguló el régimen jurídico para la prestación del servicio público de transporte en las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, lo que implicó la obligación de garantizar el transporte público como servicio e instrumento para consolidar los fines del Estado Social de Derecho. Es así como la Ley 105 de 1993 define el servicio de transporte público y establece entre los principios orientadores para su prestación el principio de carácter de servicio público:

“Artículo 16. El transporte público es una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios sujeto a una contraprestación económica.

...

2. Del carácter de servicio público del transporte:

La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad³⁹.

³⁸ Pachón Torres, A. Las concesiones de Transmilenio y SITP vs Los derechos de acceso al transporte público. Una perspectiva desde el análisis económico del Derecho. En Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 34.

Así mismo la Ley 336 de 1996 en sus artículos 4 y 5 robustece el carácter de servicio público esencial del transporte público:

Artículo 4. El transporte gozará de la especial protección estatal y estará sometido a las condiciones y beneficios establecidos por las disposiciones reguladoras de la materia, las que se incluirán en el plan nacional de desarrollo, y como servicio público continuará bajo la dirección, regulación y control del Estado, sin perjuicio de que su prestación pueda serle encomendada a los particulares.

Artículo 5. El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente, en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el reglamento para cada modo⁴⁰.

De lo anterior, se desprende un compromiso desde el Estado Social de Derecho ante una necesidad fundamental en el día a día de los colombianos como lo ha terminado resultando el acceso al servicio de transporte. Este mismo acceso al servicio de transporte es un derecho que puede adoptar dos dimensiones: Una dimensión de derecho fundamental y otra dimensión de derecho colectivo. Es así como resulta necesario identificar cuando se configuran ambas dimensiones de este mismo derecho, por lo que se pasará a exponer el trabajo de Pachón Torres al respecto.

Pachón a partir de un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional logra identificar los tres escenarios constitucionales en los que se configura el derecho al acceso al servicio de transporte como un derecho fundamental, pasando a ser descritos a continuación:

1.1.6.1 El servicio público de transporte como elemento prestacional de la libertad de locomoción. Este escenario se configura en aquellas circunstancias en las que el servicio de transporte resulta un medio indispensable para hacer efectiva la libertad de locomoción, derecho que es considerado fundamental, según el artículo 24 de nuestra Constitución, en cuanto al necesario vínculo entre libertad de locomoción y servicio de transporte público, tal como lo definió en Sentencia T- 595 de 2002 de la siguiente manera:

“Primero, la libertad de locomoción es de capital importancia por cuanto es una condición para el goce efectivo de otros derechos fundamentales.

³⁹ Colombia. Congreso de Colombia. (30 de diciembre de 1993) por la cual se define el servicio de transporte público, establece los principios orientadores para su prestación y la suscripción de un permiso o contrato de concesión u operación. [Ley 105 de 1993]. DO: 41158.

⁴⁰ Colombia. Congreso de Colombia. (20 de diciembre de 1996) Estatuto General de Transporte. [Ley 336 de 1996]. DO: 30138.

Segundo, esta libertad se afecta no sólo cuando por acciones positivas directamente se obstruye la circulación de los ciudadanos, sino también se ve limitado cuando se genera ese efecto indirectamente o por omisión en la remoción de barreras o en la creación de una infraestructura adecuada para la circulación.

Tercero, el servicio de transporte público es indispensable para el ejercicio de la libertad de locomoción, y de los demás derechos constitucionales que dependen de la posibilidad de movilizarse, en especial para aquellos sectores marginados de la población urbana que carecen de otra alternativa de transporte.

Cuarto, el servicio básico de transporte debe ser accesible para todos los usuarios⁴¹.

Esta posición jurisprudencial se ha erigido, través del tiempo, como una “línea decisonal predominante”, según la clasificación propuesta por Diego López Medina para las clases de líneas jurisprudenciales, en su ampliamente conocido libro “El Derecho de los Jueces”⁴², tal como lo describe Pachón:

“... el servicio público constituye un elemento prestacional de la libertad de locomoción, se ha mantenido vigente a lo largo de los posteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional (Véase Sentencias C- 568 de 2003, C-408 de 2004, T-1094 de 2005 y C-033 de 2014, entre otras), donde se ha reiterado la íntima conexidad que existe entre el servicio de transporte y el ejercicio real y efectivo de la libre circulación”⁴³.

1.1.6.2 El servicio público de transporte como elemento prestacional del derecho a la salud y a la educación. En este segundo escenario constitucional el servicio de transporte se configura como fundamental cuando su no garantización vulnera derechos fundamentales como el derecho a la salud y el derecho a la educación. Es así como en el caso del derecho a la salud la Corte Constitucional definió que el servicio de transporte hace parte del componente de “acceso afectivo” del derecho a la salud, caso que se presenta ante una precaria condición económica que le impida solventar el costo de transporte al accionante que necesita la prestación de servicios de salud (Pachón, 2016). Esta reiterada posición jurisprudencial (Sentencia T-905 de 2005, T-1087 de 2007, T-542 de 2009 o T-709 de 2011) se puede ver representada en materia de salud por lo definido en Sentencia T- 760 de 2008:

⁴¹ Colombia. Corte Constitucional. (1 de agosto de 2002). Sentencia T-595. [M.P. Manuel Cepeda].

⁴² López Medina, D. El Derecho de los Jueces. Bogotá. En: Legis. Bogotá. 2013.

⁴³ Pachón Torres, A. Las concesiones de Transmilenio y SITP vs Los derechos de acceso al transporte público. Una perspectiva desde el análisis económico del Derecho. En Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 39.

(...) La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación, ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida. Así, por ejemplo, ha señalado que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladada a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos donde se acredite que "(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

(...) Por lo tanto, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado"⁴⁴.

Al igual que el derecho a la salud, el derecho fundamental a la educación ve comprometidas las garantías necesarias para la observancia de su núcleo fundamental al ser objeto de un obstáculo económico como el acceso al servicio de transporte, tal como lo refiere la Corte Constitucional en Sentencia T-1259 del 2008:

En este sentido, la garantía de acceso al servicio implica el asegurar que los estudiantes, en atención a sus condiciones físicas, económicas y sociales, puedan ingresar al sistema educativo y permanecer en él. Para ello, el Estado tiene la obligación de establecer, en primer lugar, cuáles son precisamente esas condiciones especiales en las que se encuentran los habitantes de su territorio, para luego definir entonces de qué manera debe responder el sistema a esas necesidades en aras de garantizar la accesibilidad al mismo.

(...) la Sala encuentra que, en este caso, tanto el accionante como las autoridades demandadas coinciden en reconocer la existencia de una grave problemática social, relacionada con la falta de transporte escolar para atender a los estudiantes que deben desplazarse desde veredas aledañas al Municipio de Tuta hasta el caso urbano para recibir el servicio educativo.

(...) Así las cosas, teniendo en cuenta la necesidad de asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales de los menores afectados y dadas las circunstancias particulares que plantea el presente asunto, la Sala proferirá "órdenes complejas", fórmula utilizada por la Corte Constitucional en casos en los que, como en el presente, se trata de amparar la dimensión progresiva de

⁴⁴ Colombia. Corte Constitucional. (31 de julio de 2008). Sentencia T- 760. [M.P. Manuel Cepeda].

un derecho fundamental, por lo que resulta necesaria la concurrencia de distintas autoridades en la solución del conflicto”⁴⁵.

1.1.6.3 El servicio público de transporte como elemento para asegurar la igualdad a personas en condición de discapacidad. En este escenario constitucional la Corte Constitucional encontró necesario precisar una medida que garantice en materia de movilidad la protección constitucional reforzada de las personas en condición de discapacidad, quienes deben afrontar innumerables barreras físicas para materializar su derecho fundamental a la libre locomoción. Es así como la Corte exigió “el despliegue por parte de los poderes públicos de infraestructura y servicios especiales que garanticen el acceso real y efectivo al servicio de transporte” (Pachón, 2016, p. 37) y cuya decisión más representativa, la Sentencia C-439 de 2011, precisó esta obligación en los siguientes términos:

En consecuencia, el servicio público de transporte lleva implícito el derecho de libre locomoción y por tanto de libre acceso, lo cual implica: (i) que el usuario pueda transportarse a través del medio y modo que escoja en condiciones de comodidad, calidad y seguridad, (ii) que los usuarios sean informados sobre los medios y modos de transporte que le son ofrecidos y las formas de su utilización, (iii) que las autoridades competentes diseñen y ejecuten políticas dirigidas a fomentar el uso de los medios de transporte, racionalizando los equipos apropiados de acuerdo con la demanda y propendiendo por el uso de medios de transporte masivo, (iv) que el diseño de la infraestructura de transporte, así como la provisión de los servicios de transporte público de pasajeros, supongan que las autoridades competentes promuevan el establecimiento de las condiciones para su uso por los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos⁴⁶.

En síntesis, la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional ha definido distintos niveles de protección constitucional para el derecho al acceso al servicio de transporte como derecho fundamental, tal como lo recuenta Pachón, a través de sus distintos escenarios constitucionales:

En un primer momento, el acceso al transporte solo fue reconocido como esencial al ser identificado como elemento prestacional de la libertad de locomoción, sobre todo para los sectores marginales y que se encontraban en condiciones económicas deficitarias. Más tarde, la fundamentalidad de este derecho se reconoció cuando su prestación resultaba indispensable para el aseguramiento de derechos fundamentales como la salud y la educación. Finalmente, la Corte Constitucional al examinar la situación de las personas en condición de

⁴⁵ Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2008). Sentencia T- 1259. [M.P. Rodrigo Escobar].

⁴⁶ Colombia. Corte Constitucional. (25 de mayo de 2011). Sentencia C- 439. [MP Juan Carlos Henao].

discapacidad, dispuso que su libertad de locomoción contenía un espectro más amplio de protección⁴⁷.

Finalmente, el análisis realizado por Pachón sobre el desarrollo jurisprudencial que ha elaborado nuestra Corte Constitucional puede describirse gráficamente de la siguiente manera, a través de los escenarios constitucionales que abarca el derecho al transporte como derecho fundamental:

Gráfico 1. Escenarios constitucionales del derecho fundamental al transporte.



Fuente. Recuperado de Andrés Felipe Pachón. *Las concesiones de Transmilenio y SITP vs Los derechos de acceso al transporte público. Una perspectiva desde el análisis económico del Derecho.*

⁴⁷ Pachón Torres, A. Las concesiones de Transmilenio y SITP vs Los derechos de acceso al transporte público. Una perspectiva desde el análisis económico del Derecho. En Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 45.

1.1.7 El derecho al acceso al servicio de transporte como derecho colectivo.

En este acápite es necesario precisar las diferencias entre el servicio público de transporte y otro tipo de servicios públicos como los domiciliarios, ya que el desarrollo de los mismos se ha amparado en dos categorías distintas.

Mientras servicios públicos como los domiciliarios han sido amparados por parte de la Corte Constitucional, a través de lo dispuesto en nuestra Constitución, su jurisprudencia y los tratados internacionales como parte de los DESC, debido a su íntima conexidad con el derecho a una vivienda digna⁴⁸, por otra parte, los demás servicios públicos como el del transporte han sido amparados y desarrollados por el Consejo de Estado como parte de los derechos colectivos, salvo aquellos casos en que adopta la naturaleza de derecho fundamental en los escenarios constitucionales ya delimitados y referidos.

Estos derechos colectivos pueden ser entendidos, según Ortega Guerrero, como *“reivindicaciones políticas, sociales y culturales en titularidad de grupos con un interés común dentro de un contexto histórico-político determinado”*⁴⁹ con la salvedad de que su diferencia con las otras categorías de derechos radica en la *“... posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica”*⁵⁰.

Sin embargo, esta situación no impide que los derechos colectivos sean derechos subjetivos y justiciables, en el entendido de que el derecho subjetivo se contrapone al derecho objetivo, como aquel cuyo *“poder legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”*⁵¹ (Arango, 2012, p. 90). Lo anterior, por el contrario, permitirá distinguir una clara obligación jurídica justiciable para el caso del servicio del servicio de transporte público, según los elementos que propone el profesor Rodolfo Arango deben componerlo:

- **Norma jurídica:** A partir del artículo 4, numeral j), de la Ley 472 de 1998 se desarrolló lo dispuesto en el capítulo 3 de nuestra Constitución, especialmente y para el interés de este trabajo, lo establecido en el artículo 78 constitucional. El numeral mencionado hace referencia general al

⁴⁸ López Murcia, J. y Schonberger, J. (2008). Servicios públicos domiciliarios”: una reinterpretación con base en el “bloque de constitucionalidad. Revista Vniversitas, No. 117 (2), p-p 171-196. Disponible desde internet en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14537>. Con acceso el 30-11-2017.

⁴⁹ Ortega Guerrero, G. Argumentación iusfundamental de los derechos colectivos y ambientales. En Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales – GIDCA. Debates ambientales contemporáneos (p-p 75- 133). En Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010, p.79.

⁵⁰ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (10 de mayo de 2007). Expediente número: 01856, Radicación número: 76001-23-31-000-2003-01856-01. [CP Martha Sofía Sanz Tobón].

⁵¹ Arango, R. El concepto de derechos sociales fundamentales. En Bogotá: Legis, 2012, p. 90.

derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

- **Obligación jurídica:** De este derecho se desprende una obligación prestacional de que el Estado o los particulares que lo presten lo hagan eficiente y oportunamente, garantizando el acceso, a través de su ampliación y cobertura (Pachón, 2016).
- **Posición jurídica:** La respectiva posición jurídica o facultad jurídica reconocida para exigir la consecución del servicio de transporte público, radica en este caso, en un grupo o colectivo con un interés común.

A esta aproximación deben añadirse las que se consideran las clases de límites más representativas para este servicio público (obviando las que se desprenden de la ponderación con otros derechos, en medio de la habitual práctica constitucional exigida por nuestro ordenamiento jurídico) entre las que se encuentran las restricciones I) de acceso físico, respecto de las personas en condición de discapacidad; II) de infraestructura, respecto a la cobertura y oportunidad del mismo; y III) de carácter económico, cuyo mejor ejemplo es el costo de la tarifa⁵².

1.2 ANÁLISIS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO RAMA DEL DERECHO Y SU MARCO JURÍDICO EN COLOMBIA

1.2.1 Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, público o económico?

Intentar clasificar el derecho de la competencia en ramas como el derecho privado, público o económico de por sí implica un problema que ha sido evidenciado por distintos juristas como un problema respecto de las diferentes concepciones que tenemos entre el civil law y el common law. A pesar de que en la práctica jurídica la clasificación del derecho de la competencia derivará en argumentos posiblemente distintos (enmarcados en las diferencias que surgen de ramas tan disímiles teleológicamente como el Derecho privado o público) dentro de un mismo caso, teóricamente esta labor no ha encontrado respuesta definitiva y por el contrario ha terminado derivando en una conclusión que evita camisas de fuerza al resistir clasificaciones basadas en categorías como la de nuestro derecho continental:

[...] clasificar el Derecho de la competencia como Derecho privado, público, regulación o “Derecho económico” es un problema conceptual que lleva a

⁵² Pachón Torres, A. Las concesiones de Transmilenio y SITP vs Los derechos de acceso al transporte público. Una perspectiva desde el análisis económico del Derecho. En Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2016.

preguntarnos cómo entendemos el Derecho colombiano. No es solo un problema de la importancia que tiene o pueda tener, o su ubicación de una manera u otra en un pensum académico, sino que debería llevarnos a cuestionar las categorías que usamos a la hora de describir y analizar nuestro Derecho... Recurrir a nociones de Derecho privado, público, regulación o Derecho económico termina por oscurecer esta idea y no contribuye a un entendimiento adecuado de su importancia social y económica⁵³.

1.2.2 Origen y desarrollo histórico del derecho de la competencia en los Estados Unidos y en la Unión Europea.

1.2.2.1 El derecho de la competencia en los Estados Unidos. En cuanto al origen del derecho de la competencia, se han barajado distintos ejemplos normativos, diseminados históricamente, que revelan un acercamiento al concepto que manejamos en la actualidad, pero que resultan insuficientes debido a una falta de comprensión sistemática de los efectos de la regulación de la competencia económica, tal como lo menciona Miranda Londoño:

Algunos doctrinantes, como el inglés Sir Edward Coke, afirman que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el Derecho Romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del rey Eduardo III. Sin embargo, por el estado de evolución incipiente de la ciencia económica, no se puede decir que estas normas expedidas en forma ocasional y desvertebrada conformaran un cuerpo legislativo o doctrinario con entidad propia⁵⁴.

No es hasta que los estados modernos, a partir del siglo XIX, se fijan en las finalidades de la protección de la libre competencia, gracias a los aportes de la teoría económica neoclásica y el especial surgimiento en Estados Unidos de grandes monopolios en sectores como el ferroviario, el del acero y el de los hidrocarburos que el derecho de la competencia se desarrolla bajo las dimensiones que conocemos actualmente⁵⁵.

⁵³ Palacios, A. (2013). El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico? Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 9 (2), p.-p 85-100. Disponible desde internet en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3496/3384>. Con acceso el 30-11-2017. p. 97- 98.

⁵⁴ Miranda Londoño, A. (1992). Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> . Con acceso el 25-11-2017. p. 132.

⁵⁵ Soto, J. y Jaramillo L. (2016). Aspectos comunes de las escuelas de Chicago y Harvard en materia de libre competencia: El aporte del neoinstitucionalismo. Disponible desde internet en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2951248. Con acceso el 2-12-2017.

Es en los Estados Unidos en donde surge un derecho de la competencia con cuerpo legislativo y doctrinario propio, así como sistemático. Es a partir de la impotencia surgida de la falta de herramientas jurídicas para enfrentar los acuerdos económicos (“Corporate trusts”) y carteles de precios (“Pooling arrangements”) llevados a cabo alrededor de los Estados Unidos hasta finales del siglo XIX que el Congreso de los Estados Unidos aprobó una ley contra los monopolios de aquel entonces, mejor conocida como la Ley Sherman (Sherman Act), un referente histórico e internacional para el derecho de la competencia⁵⁶.

La Ley Sherman es un punto de partida para el derecho de la competencia tal como lo conocemos hoy al prohibir por una parte los acuerdos tendientes a restringir el comercio y por otra los actos destinados a monopolizar cualquier mercado, y a partir de estas premisas permitir el desarrollo de una serie de decisiones por parte de las autoridades de competencia de este país encaminadas a impedir conductas anticompetitivas como la formación de monopolios, concentraciones empresariales, prácticas restrictivas o carteles⁵⁷⁵⁸.

Adicionalmente, que la Ley Sherman obtuviese un contenido amplio y vinculado a los componentes económicos del área permitió que se configuraran características distintivas para el derecho de la competencia que hasta la actualidad perviven en distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, tal como lo describen los profesores William Kovacic y Carl Shapiro:

La Ley Sherman se distingue de los demás estatutos que regulan el comercio en EE.UU., por ser demasiado genérica. Esta prohibición general, según los autores citados, tuvo dos efectos. Primero, dio un gran poder a los jueces federales para que establecieran en cada caso la distinción entre una cooperación comercial legal y aceptable y una conducta colusoria ilegal; o bien entre una competencia vigorosa y una monopolización ilegal. Un segundo efecto fue la convergencia, que hoy en día se mantiene, entre la ciencia del Derecho y la ciencia de la Economía. En nuestra opinión, el segundo efecto mencionado por los profesores citados no se debe a lo general de las prohibiciones contenidas en la Ley Sherman, sino a la evidente referencia que la Ley hace a temas económicos. Como consecuencia de esta importante característica, el análisis económico y la evolución de la teoría económica

⁵⁶ Miranda Londoño, A y Gutiérrez Rodríguez, J. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y Latinoamérica. Revista Boliviana de Derecho, No. 5 (1), p.p 215-267. Disponible desde internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf> . Con acceso el 20-11-2017.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Miranda Londoño, A. (1992). Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf> . Con acceso el 25-11-2017.

han tenido una influencia determinante sobre el desarrollo y la estructuración del moderno Derecho de la Competencia⁵⁹.

Junto a la Ley Sherman y debido al posterior desarrollo que le brindaron, para Barón⁶⁰ se consideran de fundamental importancia para el derecho de la competencia estadounidense las siguientes normas:

- Clayton Act: Aprobada en 1914 por el Congreso de los Estados Unidos con el objetivo de evitar las consecuencias negativas de las altas concentraciones de mercado, esta ley prohibió principalmente las absorciones de compañías que redujeran sustancialmente la competencia, entre otras medidas.
- Federal Trade Commission Act: Aprobada también en 1914, esta ley creó una comisión, independiente del Gobierno, con amplias facultades para investigar y sancionar las prácticas anticompetitivas definidas en la Sherman Act y Clayton Act, actualmente compartidas con una división especializada del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

Hart-Scott-Rodino Act: Aprobada en 1976, esta ley define como obligación la notificación a la respectiva autoridad de competencia (premerger notification) de cualquier fusión o adquisición, cuya magnitud supere determinados límites con el objeto de que sean estudiadas, impedidas o modificadas dependiendo del caso concreto.

Ahora, retomando los aportes ya mencionados de la Ley Sherman, desarrollados por la posterior legislación, respecto a la primera de las características mencionadas por Kovacic y Shapiro, su contenido general ha permitido hasta la actualidad que en los Estados Unidos las cortes federales, así como la Corte Suprema de Justicia hayan desarrollado hasta la fecha una compleja estructura de líneas jurisprudenciales que ofrecen respuesta a distintos casos específicos, a través de reglas específicas⁶¹.

⁵⁹ Miranda Londoño, A y Gutiérrez Rodríguez, J. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y Latinoamérica. Revista Boliviana de Derecho, No. 5 (1), p.-p 215-267. Disponible desde internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf> . Con acceso el 20-11-2017. p. 208. Hacen referencia a Kovacic, W. y Shapiro, C. (1999) Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. Competition Policy Center. University of California, Berkeley. 1999. Disponible desde internet en: http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1775&context=faculty_publications. Con acceso el 20-11-2017.

⁶⁰ Barón Alsina, I. (2007). Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea. Disponible desde internet en: http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/documentos/Referencia_al_Derecho_Comparado.pdf. Con acceso el 22-11-2017.

⁶¹ Miranda Londoño, A. (1992). Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. Disponible desde internet en:

En cuanto a la segunda de las características, su vinculación a los componentes económicos del área, la Ley Sherman ha permitido que una institución como la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos utilice un sistema de análisis cada vez más ligado al análisis económico de los problemas a estudiar, lo que a su vez ha permitido que los análisis varíen dependiendo de los cambios de enfoque económico que haya decidido implementar la Corte.

Por lo anterior se pasará a analizar los distintos cambios de enfoque económico que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia al momento de realizar análisis en el Derecho de la competencia:

Inicialmente, la primera etapa del Derecho de la competencia en los Estados Unidos se caracterizó por un criterio populista, para el cual la simple posición dominante se constituía per sé cómo una infracción con el objetivo de proteger a los competidores de menores dimensiones en el mercado sin entrar a analizar si de la misma posición dominante se desprendían eficiencias o ineficiencias para el mercado. Posteriormente, los análisis económicos de los distintos componentes de esta área permitieron avanzar a una segunda etapa (estructuralista) en la que se tuvo en cuenta la influencia que tenía la estructura del mercado (concentrado o no) y el comportamiento de las empresas sobre la totalidad del mercado en aspectos específicos como sus resultados (producción, precios o calidad). En una tercera etapa, se partió de que la posición dominante no puede ser condenada per sé a menos que se demuestre generar ineficiencias en el mercado⁶².

Es prudente, entonces, detenerse en la contraposición entre la segunda y tercera etapa del derecho de la competencia en los Estados Unidos con el ánimo de comprender con mayor precisión sus aportes en la actualidad a nivel internacional.

Escuelas Estructuralista de Harvard

Por una parte, la segunda etapa del derecho de la competencia en los Estados Unidos debe sus bases teóricas a la postura desarrollada por los académicos de la Universidad de Harvard (Escuela de Harvard) durante las décadas de los 50's a 70's. Esta posición teórica parte de unos fundamentos económicos más próximos al proteccionismo económico (sin perder de vista como una prioridad a la libre competencia), debido a su comprensión del mercado, el cual es imperfecto debido a las diversas fallas de mercado que se pueden configurar y a la incapacidad que tiene el mismo para solucionar efectivamente estos problemas, a través de la autorregulación, lo que a su vez puede generar graves ineficiencias en la asignación de recursos.

Esta posición debe sus bases teóricas a los planteamientos de autores como Edgard Chamberlain, Edward Mason y Joe Bain sobre los efectos que una

<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-alfonso-miranda-londono.pdf> . Con acceso el 25-11-2017.

⁶² Ibidem.

determinada estructura de mercado tiene en los comportamientos competitivos de los agentes económicos y a su vez en su desempeño, conclusión que fue posible a través de una herramienta como el “análisis estructural” o “análisis estructura - conducta – resultado” según Uribe⁶³.

De esta concepción del mercado se desprenden los objetivos de la protección de la libre competencia para la Escuela de Harvard, los cuales se centran en proteger al agente económico, es decir, al competidor y al consumidor, y no a la competencia en sentido abstracto e indeterminado, a través de las siguientes metas descritas por Soto y Jaramillo:

“(i) la descentralización del poder económico, (ii) la distribución equitativa del bienestar, (iii) la tutela de aspectos socio-políticos, (iv) la defensa de la libertad, (v) la protección de los competidores, (vi) la defensa de las empresas domésticas frente a las foráneas; (vii) la lucha contra el desempleo y los efectos inflacionarios, y (viii) la protección al consumidor”⁶⁴.

Fueron estos objetivos del Derecho de la competencia los que llevaron a concluir que la presunción de ilegalidad de las actividades vinculadas a la concentración de poder de mercado posibilita la protección del mismo, ya que estos comportamientos pueden configurar fallos de mercado, a través de ineficiencias y comportamientos anticompetitivos a mediano y largo plazo.

En consecuencia, para la Escuela de Harvard esta presunción de ilegalidad lleva a que el proceso de toma de decisiones por parte de las autoridades de competencias se simplifique utilizando una “regla de interpretación per se” que a partir de un ejercicio hermenéutico de subsunción compara el comportamiento económico con los supuestos normativos, sin importar la demostración de las consecuencias benéficas o no para el mercado⁶⁵.

Escuela Eficientista de Chicago

Por otra parte, a finales de la década de los 70’s una posición teórica muy distinta tomó fuerza en los Estados Unidos, se trata de la Escuela de Chicago, la cual posibilitó una tercera etapa en el Derecho de la competencia de este país. A diferencia de la Escuela de Harvard, se planteó la necesidad de intervenir estatalmente lo menos posible al mercado, ya que este es autónomo, capaz de autorregularse para corregir las fallas de mercado y por ende las ineficiencias existentes. Es así como los objetivos del derecho de la competencia varían, ya

⁶³ Uribe Piedrahita, C. (2010). Cierre vertical de mercados. Revista Derecho de la Competencia. Bogotá (Colombia), No. 6, p.p 33-140. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-uribe-correg.pdf> . Con acceso el 4-12-2017.

⁶⁴ Soto, J. y Jaramillo L. (2016). Aspectos comunes de las escuelas de Chicago y Harvard en materia de libre competencia: El aporte del neoinstitucionalismo. Disponible desde internet en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2951248. Con acceso el 2-12-2017.

⁶⁵ Ibidem.

que para la Escuela de Chicago sus distintos objetivos deben girar alrededor del bienestar de los consumidores, esta es su razón de ser.

Esta concepción económica sobre los mercados y los objetivos del derecho de la competencia se basa en la necesidad de utilizar análisis económicos más rigurosos por parte de las autoridades de competencia que les permitiera determinar intervenir si las empresas bajo análisis realizaban en casos concretos conductas eficientes o ineficientes, a pesar de ser etiquetados anteriormente bajo la lupa de la Escuela de Harvard como anticompetitivas, esto con el objetivo de excluir consideraciones de otra clase calificadas como populismo económico⁶⁶.

De esta concepción de mercado y objetivos del Derecho de la competencia se desprende una regla de interpretación diferente, la “regla de la razón”, basada en rigurosos estudios económicos para determinar los efectos competitivos adversos o favorables que tendría concretamente en el mercado la respectiva conducta.

Finalmente, sobre este punto, el alcance de las propuestas de ambas escuelas ha sido global y se mantiene en la actualidad, siendo objeto de discusión ante las diversas autoridades de competencia, llevando a asumir una u otra posición con el objeto de fundamentar una respectiva argumentación jurídica.

La planeación estratégica como actual tendencia

En la actualidad la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se encuentra en una cuarta etapa en la que ha optado por seguir un criterio de planeación estratégica, caracterizado por su eclecticismo, el cual balancea por una parte la posición de la etapa estructuralista y por otra la teoría de la eficiencia económica con el ánimo de obtener un juicio del que se desprendan conclusiones más comprensivas⁶⁷.

Este criterio de planeación estratégica se ha logrado, a través del uso de dos sistemas de sistemas de análisis en la protección de la competencia económica. Por un lado, para Barón⁶⁸ se encuentra el sistema de prohibición (asimilable a un análisis de regla per se), el cual prohíbe absolutamente la realización de ciertas conductas estimadas como atentatorias al sistema de la libre competencia. Por otro lado, se encuentra el sistema del abuso (asimilable a un análisis de regla de

⁶⁶ Uribe Piedrahita, C. (2010). Cierre vertical de mercados. Revista Derecho de la Competencia. Bogotá (Colombia), No. 6, p.p 33-140. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-uribe-correg.pdf> . Con acceso el 4-12-2017.

⁶⁷ Miranda Londoño, A. (1992). Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-alfonso-miranda-londono.pdf> . Con acceso el 25-11-2017.

⁶⁸ Barón Alsina, I. (2007). Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea. Disponible desde internet en: http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/documentos/Referencia_al_Derecho_Comparado.pdf. Con acceso el 22-11-2017.

la razón), el cual debe estudiar cada caso concreto con el objetivo de determinar y demostrar los efectos económicos anticompetitivos de una conducta.

1.2.2.2 El derecho de la competencia en la Unión Europea. Por otro lado, el Derecho de la Competencia en Europa, a pesar de los desarrollos normativos que pudieron hacerse nacionalmente, tiene un precedente importante que permitió se desarrollara de manera más sólida y es el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957 (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea – CEE). Adicionalmente, otro antecedente relevante fueron los decretos de descartelización y normas nacionales antitrust en un país como Alemania en el marco de una Europa no tan familiarizada con el Derecho de la competencia como ya lo eran países como Estados Unidos⁶⁹.

Sin embargo, para Miranda y Gutiérrez⁷⁰ un hecho como la integración de distintos países europeos en la actual Unión Europea modificó drásticamente el derecho de la competencia en este continente, ya que este proceso de integración exige un derecho de la competencia destinado a profundizar la integración económica de Europa y enfrentar las barreras que pudiesen configurarse. En este sentido, para Barón⁷¹ esta intención de profundizar tal integración económica exigía reducir las diferencias entre regiones, a través de una política comercial común y, por ende, de competencia, que suprima las restricciones a los intercambios internacionales definidas por los mismos Estados miembros.

Tal como lo explican Gutiérrez Rodríguez y Miranda Londoño, el mismo proceso de concepción de la Unión Europea permitió definir una cláusula general (en parte, similar a la Sherman Act) que definió el desarrollo del Derecho de la competencia:

El Tratado Constitutivo de la UE contiene un capítulo sobre normas de competencia (Capítulo 1, Título VI) y la Sección Primera establece las normas de competencia aplicables a las empresas. Específicamente, el artículo 8178 del Tratado (otrora artículo 85, pues el Tratado de Ámsterdam modificó la numeración

⁶⁹ Miranda Londoño, A y Gutiérrez Rodríguez, J. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y Latinoamérica. Revista Boliviana de Derecho, No. 5 (1), p.p 215-267. Disponible desde internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf> . Con acceso el 20-11-2017.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Barón Alsina, I. (2007). Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea. Disponible desde internet en: http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/documentos/Referencia_al_Derecho_Comparado.pdf. Con acceso el 22-11-2017.

del articulado) contiene una prohibición general de conductas anticompetitivas y un catálogo de prácticas y acuerdos prohibidos⁷².

A partir de estas disposiciones, las cuales cumplen una función principal y precursora, así como el Reglamento del Consejo sobre las Concentraciones, la política de competencia de la Comunidad Europea se articula en torno a cuatro grandes ámbitos de acción, según Barón⁷³:

1. La represión de los acuerdos restrictivos de la competencia.
2. La prohibición de los abusos de posición dominante.
3. El control de las concentraciones entre empresas.
4. La liberalización de los sectores económicos bajo monopolio.

Ante la intención de desarrollar el contenido del Tratado Constitutivo de la UE en lo relacionado a la política de competencia económica y en virtud de su artículo 83, el Consejo de la Unión Europea ha adoptado reglamentos o directivas que han resultado fundamentales, destacándose entre ello lo dispuesto en los reglamentos N° 1/2003 del Consejo de la Unión Europea y N° 773/2004 de la Comisión Europea, los cuales se pasarán a describir.

Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de la Unión Europea.

Para Barón⁷⁴ este Reglamento implicó en aquel entonces un proceso de modernización del derecho de competencia para la Unión Europea, a través de la regulación de los medios que permiten la aplicación del derecho de la competencia, tales como la asignación de competencias complementarias a las autoridades nacionales de competencia, una red en la que participan estas mismas junto a la Comisión Europea (a través de la constante comunicación sin comprometer sus respectivas jurisdicciones), la atribución de la carga de la prueba a estas autoridades de competencia o la facultad de la Comisión para emitir “decisiones” en aquellos casos en que las empresas infrinjan la normatividad de competencia comunitaria.

Reglamento (CE) N° 773/2004 de la Comisión Europea.

En este caso, se procuró definir los respectivos procedimientos adelantados ante la Comisión Europea, las denuncias de infracción a la normatividad de

⁷² Miranda Londoño, A y Gutiérrez Rodríguez, J. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y Latinoamérica. Revista Boliviana de Derecho, No. 5 (1), p.p 215-267. Disponible desde internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf> . Con acceso el 20-11-2017. p. 233.

⁷³ Barón Alsina, I. (2007). Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea. Disponible desde internet en: http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/documentos/Referencia_al_Derecho_Comparado.pdf. Con acceso el 22-11-2017.

⁷⁴ Ibidem.

competencia y el desarrollo de las audiencias. Para Barón⁷⁵ así mismo se definen como reglas de competencia, por una parte, la aplicación comunitaria del derecho de la competencia únicamente cuando se comprometen los intercambios de distintos Estados miembros, y por otra, la obligación de evitar que los órganos jurisdiccionales nacionales adopten decisiones conflictivas con las decisiones emitidas por la Comisión Europea sobre un mismo asunto.

El sistema de análisis del derecho de la competencia en la Unión Europea

A partir de lo anterior, se podría afirmar inicialmente que el Derecho de la Competencia en Europa parte de unos objetivos distintos al Derecho de la Competencia de los Estados Unidos+, pero el posterior desarrollo práctico de esta área del Derecho en Europa la han acercado al modelo norteamericano, siguiendo los estudios de Gutiérrez y Miranda⁷⁶.

Tanto las Directivas y Reglamentos emitidos por la Unión Europea como su aplicación por parte de la Comisión Europea y los tribunales han demostrado un sistema de análisis más próximo al de los Estados Unidos, especialmente a algunos planteamientos de la Escuela de Chicago⁷⁷ (Uribe, 2010 hace referencia a Buttigieg, E., 2009).

Este tipo de conclusiones se desprenden en primer lugar, de una cada vez mayor relevancia del análisis económico al evaluar acuerdos anticompetitivos. Por esta razón para Prieto⁷⁸ la Comisión Europea ha adoptado un cambio respecto del análisis formalista, más cercana a un análisis de regla per se, pasando a adoptar decisiones en las que priman el análisis económico de los comportamientos en concreto apreciando sus efectos en contexto, más cercano a un análisis de regla de la razón.

Este sistema de análisis ha implicado considerar individualmente cada comportamiento objeto de investigación, otorgándole especial énfasis al poder de mercado de los agentes como un factor de gran relevancia, teniendo en cuenta las diferencias sustanciales entre mercados. Es así como este tipo de análisis por

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Miranda Londoño, A y Gutiérrez Rodríguez, J. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y Latinoamérica. Revista Boliviana de Derecho, No. 5 (1), p.-p 215-267. Disponible desde internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf> . Con acceso el 20-11-2017.

⁷⁷ Uribe Piedrahita, C. (2010). Cierre vertical de mercados. Revista Derecho de la Competencia. Bogotá (Colombia), No. 6, p.-p 33-140. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-uribe-correg.pdf> . Con acceso el 4-12-2017. Hace referencia a Buttigieg, E. Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest. A comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law. En Oxford: Kluwer Law International. 2009.

⁷⁸ Prieto Kessler, E. (2005). La política de defensa de la competencia en la Unión Europea. Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, No. 820, p.-p 99-110. Disponible desde internet en: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_820_99-10_8EE92B7B54D2AD92E87F14937B6BF0BC.pdf . Con acceso el 22-11-2017.

parte de las autoridades de competencia europeas tiene como consecuencia el “servir a las empresas de guía a la hora de examinar la licitud de sus estrategias —sean estas políticas de precios, acuerdos con competidores, contratos de distribución, etcétera—, otorgándoles una creciente seguridad cuanto menor sea su poder, y viceversa”⁷⁹.

Estos análisis han llevado a que se les confíe a las autoridades de competencia europeas la facultad de determinar en cada caso concreto los criterios que adoptaran para definir la licitud o no de las distintas conductas empresariales, siendo de gran utilidad un sistema de análisis como la regla de la razón.

Ejemplo del uso de estas nuevas herramientas de análisis por parte de las autoridades de competencia europeos ha sido la utilización de un denominado «test sustantivo» aplicado a la evaluación de las concentraciones en el ámbito comunitario. Este test sustantivo ha llevado, según Prieto Kessler⁸⁰, a que los análisis de fusiones no solamente consideren la configuración de una posición dominante (presumiendo unos efectos anticompetitivos como anteriormente sucedía con el Reglamento 4064/89), también ha llevado a que se consideren cómo la relación efectos anticompetitivos y procompetitivos derivados de una determinada conducta pueden obstaculizar la competencia en un mercado en específico.

Otro ejemplo, relacionado con el anterior, es el tratamiento de las eficiencias generadas por un posible comportamiento anticompetitivo (Efficiencies Offense Doctrine). Según Prieto Kessler⁸¹, en la actualidad la normatividad europea de competencia considera las eficiencias generadas por una determinada conducta empresarial a los consumidores como un elemento a tener en cuenta en los análisis de las autoridades de competencia, debido al efecto compensador que puede tener frente a otros efectos menores, pero de tipo anticompetitivo.

De lo anteriormente descrito se puede concluir, al menos, un importante acercamiento entre el derecho de la competencia europeo y el estadounidense, pese a sus claras particularidades.

1.2.3 Origen y desarrollo histórico del derecho de la competencia en Colombia.

1.2.3.1. Derecho constitucional y regímenes de competencia. Antes de pasar a describir el Derecho de la competencia en Colombia, es crucial comparar las tradiciones constitucionales tanto de Estados Unidos (innegablemente régimen de competencia globalmente influyente) como de Colombia y su influencia al modelar

⁷⁹ Ibidem., p.104.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

el derecho de la competencia, a efectos de realizar una adecuada caracterización del régimen de competencia de nuestro país.

En el caso de los Estados Unidos, para Palacios⁸² ya desde finales del siglo XIX la Suprema Corte se fundamentó en una interpretación estrecha de la Constitución y sus enmiendas, especialmente la decimocuarta, lo que fue determinante a la hora de interpretar los alcances de los derechos de propiedad y cuya posición se retomó durante los primeros años del derecho de la competencia en este país (1890-1911) al interpretar a la Ley Sherman bajo la lupa del Common Law.

Entre el Common Law y la Ley Sherman se configuraron diferencias importantes, basadas en los alcances que se le dio a la propiedad privada y a la intervención que puede realizar el Estado sobre este derecho, ya que mientras el Common law contempló unas fuertes garantías sobre la propiedad privada y la libertad contractual, por otra parte la Ley Sherman contempló la existencia de fallas del mercado que no pueden autocorregirse y por ende implican la intervención estatal, a través de sanciones que modulen las externalidades resultantes del ejercicio de la propiedad privada y la libertad contractual. Es así como para Palacios⁸³ el régimen de competencia estadounidense puede ser mejor entendido como un compromiso entre diferentes perspectivas sobre el mercado y el rol de la intervención estatal.

Con la intención de ejemplificar lo mencionado, mientras el Common law estableció que los acuerdos restrictivos del comercio no fuesen enjuiciados, la Ley Sherman consideró un delito, objeto de multa y prisión este tipo de prácticas en decisiones como las del Caso Standard Oil VS United States y el Caso American Tobacco⁸⁴.

A pesar de que se logran evidenciar tensiones normativas entre el Common law y el régimen de competencia, el desarrollo de este último, a través del tiempo, demuestra que el sistema constitucional logró modelar aspectos medulares del mismo. Desde el inicio el constitucionalismo norteamericano tuvo como preocupación el garantizar la protección de derechos como la propiedad privada y distintas libertades, a través de una concepción de derechos preestablecidos (anteriores a la formación del mismo Estado) de corte liberal, frente a la intervención del Estado. Es así como posteriormente, al implementarse un régimen de competencia con una visión más intervencionista del Estado en la economía, se hizo necesario definir unos límites para las autoridades de competencia, a través de una carga argumentativa y probatoria exigente, cuyo eje

⁸² Palacios, A. 2013. El Derecho de la competencia: Constitutional Traditions and Competition Law Regimes: A Primer. Global Antitrust Review, Issue 6, p.-p 49-79. Recuperado de <http://www.icc.qmul.ac.uk/docs/gar2013/143679.pdf>. Con acceso el 30-11-2017.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

central fuese la intervención de libertades bajo ciertas condiciones de carácter excepcional.

Para Palacios⁸⁵ estos límites del Common law a la intervención de las autoridades de competencia se pueden ver reflejados en las siguientes cargas procesales:

- En la interposición de la queja únicamente las personas afectadas directamente por prácticas anticompetitivas pueden hacerlo y no los terceros que pueden ser afectados indirectamente.
- La carga de probar el daño debe ser asumida por la parte que exige su sanción y reparación.
- El estándar de la prueba (respecto de la naturaleza del daño y como probarlo) funcionan como un filtro que separa las causas meritorias de aquellas que no.

Por otra parte, para el constitucionalismo colombiano ubicar los derechos de propiedad bajo las consideraciones del interés público o concebirlos como una función social no apunta inequívocamente a la protección de la competencia o a su abandono, ya que nuestro constitucionalismo tiene otros puntos de partida para entender la relación entre derechos de propiedad y competencia, así como la necesidad de privilegiar uno u otro⁸⁶.

Nuestra concepción de la propiedad privada no es suficientemente determinante para sugerir que la competencia deba tener una inferior jerarquía respecto de la misma, lo que se deriva de una tradición constitucional en la que se han acogido tanto el proteccionismo como la libertad de mercado, a través del desarrollo de estructuras administrativas a cargo de su supervisión y regulación. Esta idea de nuestro constitucionalismo en la que el proteccionismo y la competencia no son excluyentes se derivan de un acentuado presidencialismo al que se le ha otorgado, a través de la rama ejecutiva, la facultad de dirigir la economía los recursos necesarios para el desarrollo.

Esto ha llevado a combinar regímenes de competencia más flexibles ante el mercado, por ejemplo, a través de la definición de distintas excepciones a su aplicación, que son combinados con la protección y promoción de la competencia. Esto solamente es posible cuando la libertad económica es objeto de un análisis sistemático, el cual integra la dimensión económica de la Constitución a su sistema de principios y reglas, lo que para Correa⁸⁷ permite aplicar en un caso concreto la “doble instrumentalidad del derecho en la economía”, es decir, tanto la que faculta al Estado para intervenir en la economía como la que impone límites a esta intervención.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Correa Henao, M. Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho. En Bogotá: Universidad Externado. 2008.

Como ya se ha mencionado previamente, es ante los distintos instrumentos jurídicos de los que dispone la Constitución para intervenir la economía que se hace necesaria la obligación de realizar una interpretación sistemática de nuestro Estado Social de Derecho con el objeto de materializar armónicamente una economía social de mercado que garantice la libertad e iniciativa privadas y a su vez la dignidad humana de los ciudadanos.

Es así como la interpretación sistemática de la dimensión económica de la Constitución, a través de sus estructuras y elementos, tales como la libertad de empresa, no solamente traza el comportamiento que deben seguir el Estado, también traza el comportamiento entre particulares. Por esta misma razón, para Correa⁸⁸ la libre competencia se erige como un elemento fundamental de la economía social de mercado, ya que solo, a través de la concurrencia la iniciativa económica será eficiente y permitirá la consecución de objetivos constitucionales.

A continuación, se pasará a describir el concepto de libre competencia en el sistema jurídico colombiano, a partir de los aportes de la profesora Magdalena Correa⁸⁹. Correa desarrolla el concepto de libre competencia en el marco de un análisis constitucional, apelando a una estructura normativa de tres dimensiones:

- Estructural, la cual abarca la interrelación en la pluralidad de actores económicos, los cuales se desempeñan en un mercado de competencia imperfecta. Esta dimensión sirve de fundamento para el derecho de la competencia y las dos siguientes dimensiones.
- Conflictual, relacionada con la competencia desleal, analiza a los actores económicos que compiten en el mercado, a través de las estrategias y comportamientos anticompetitivos destinados a sus otros competidores.
- Institucional, relacionada con la transgresión de los alcances de la libertad económica, a través de prácticas restrictivas del mercado, creando la necesidad de una institucionalidad que regule y sancione las conductas que impidan y protejan a la libre competencia como valor constitucional.

Finalmente, para terminar este punto, se pasarán a detallar en el siguiente cuadro, las diferencias y similitudes entre los efectos del modelo constitucional en el régimen de competencia estadounidense y colombiano a partir de los aportes ofrecidos por Andrés Palacios⁹⁰ y Magdalena Correa⁹¹, aclarando que se parte de una adaptación del cuadro realizado por Palacios:

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Palacios, A. 2013. El Derecho de la competencia: Constitutional Traditions and Competition Law Regimes: A Primer. *Global Antitrust Review*, Issue 6, p.-p 49-79. Recuperado de <http://www.icc.qmul.ac.uk/docs/gar2013/143679.pdf>. Con acceso el 30-11-2017.

⁹¹ Correa Henao, M. Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho. En Bogotá: Universidad Externado. 2008.

Cuadro 1. Tradiciones constitucionales y regímenes de competencia en Estados Unidos y Colombia.

TRADICIONES CONSTITUCIONALES Y REGÍMENES DE COMPETENCIA		
	Derecho constitucional norteamericano	Derecho constitucional colombiano
Autores influyentes	John Locke	J.J. Rosseau
Perspectiva sobre la propiedad y las libertades	La propiedad y libertad contractual anteceden al Estado.	La propiedad y libertad contractual resultan de un proceso colectivo de decisión.
Perspectiva sobre la intervención estatal	<ul style="list-style-type: none"> • La estructura del Estado previene la intrusión a la propiedad privada y otras libertades. • La redefinición de los derechos de propiedad debe realizarse, a través de consideraciones sustantivas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Una fuerte rama ejecutiva que está a cargo de la regulación económica en nombre del desarrollo. • Los conceptos de “Interés público” y “función social” justifican los límites de la propiedad privada.
Influencia de las tradiciones constitucionales	Esta influencia es implícita; la Ley Sherman fue interpretada haciendo referencia al Common Law, asumiendo así que hace parte de su justificación.	<ul style="list-style-type: none"> • Explícitamente, el artículo 333 de la actual Constitución Política define la libre competencia como un derecho, así mismo que el Estado impedirá, por mandato legal, la restricción de la misma y el abuso de la posición dominante. Así mismo se definen excepciones, a partir del concepto de interés público y en virtud de la ley.

		<ul style="list-style-type: none"> • Implícitamente, el derecho de la competencia proviene de las prerrogativas constitucionales del Estado para limitar la propiedad privada y regular la economía.
Los principales rasgos de los regímenes de competencia	<ul style="list-style-type: none"> • El derecho de la competencia es entendido de acuerdo a los derechos del derecho privado, exigible únicamente después de encontrar una visible falta de razonabilidad de estos derechos. • La exigibilidad de estos regímenes, bajo unas definidas condiciones, están relacionadas con el alcance de la intervención estatal. 	<ul style="list-style-type: none"> • Coexiste con otras formas de regulación económica, como el control de precios. • Hay una protección escasa del régimen de competencia cuando entra en conflicto con otras políticas económicas.
La aplicación de regímenes de competencia	Estructura adjudicativa; los demandantes traen los casos ante las cortes y estas pueden reconocer perjuicios derivados de conductas anticompetitivas.	Estructura administrativa; Una entidad administrativa investiga y decide sobre los casos.
Áreas de aplicación del derecho de competencia	Colusiones, carteles y monopolización. No hay excepciones.	Colusiones, carteles, abuso de posición dominante y fusiones. Existe un régimen de excepciones que incluye

		al Estado y al sector privado en ciertos sectores.
--	--	--

Fuente. Adaptado de la tabla 1 realizada por Andrés Palacios. *Constitutional Traditions and Competition Law Regimes: A Primer*. Autor: Manuel Martínez Rivera. La regulación del operador del Sistema Estratégico de Transporte Público (SETP) en la ciudad de Pasto y la libre competencia económica por el mercado durante los años 2009 a 2016.

1.2.3.2. Desarrollo histórico del derecho de la competencia en Colombia. Un importante punto de partida para el derecho de la competencia en nuestro país es la pérdida de vigencia de algunas ideas conservadoras y liberales del siglo XIX que se vieron obligadas a ser combinadas con tendencias más “sociales” del derecho y la economía, lo que se reflejó en los nuevos objetivos establecidos en los recientes progresos constitucionales.

Para Palacios y Gutiérrez⁹² entre los nuevos arreglos constitucionales que entraron en escena se encuentran, en primer lugar, el cambio en la protección constitucional de los derechos de propiedad, condición necesaria para el desarrollo de un segundo arreglo institucional, el incremento en las potestades del Estado para intervenir en la economía, ya que unos derechos de propiedad péticos, difícilmente armonizables impedirían una efectiva labor de la rama ejecutiva como la facultada constitucionalmente para dirigir el desarrollo económico del país.

Esta moderación en la protección de los derechos de propiedad tuvo sus raíces en las teorías de Leon Diguít, las cuales permitieron modificar la protección de la propiedad privada, a través de la concepción de propiedad privada como una “función social”, esto debido a que *“la propiedad privada se concibe como un epicentro de relaciones interpersonales que nacen y pueden modificarse de acuerdo con la voluntad política”*⁹³.

Esta concepción de la propiedad privada y la intervención de la economía por parte del Estado comienza a reflejarse constitucionalmente en Colombia a partir de la Constitución Política de 1886 al consagrar el derecho a la propiedad privada como un derecho fuertemente protegido, pero no absoluto, el cual debía ceder de forma tácita ante la posibilidad de intervención del Estado en la economía, a través de leyes o normas de interés general, mediando claro está, medidas indemnizatorias.

⁹² Palacios, A. y Gutiérrez, J. 2015. Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la competencia colombiano. Revista Derecho de la Competencia, No. 11, p-p 137-176. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-una-nueva-visor3b3n.pdf>. Con acceso el 10-11-2017.

⁹³ Ibidem., p. 114.

Sin embargo, según los análisis realizados por Miranda⁹⁴, así como por Palacios y Gutiérrez⁹⁵ no es hasta las reformas adelantadas durante el periodo presidencial de Alfonso López Pumarejo a la Constitución Política de 1886 con el acto legislativo 01 de 1936 que la relación ya mencionada entre propiedad privada e intervención estatal de la economía tuvo una consagración más clara y expresa, a través de conceptos como la solidaridad social (nuevo artículo 16 de la Constitución de 1886), la función social de la propiedad privada (nuevo artículo 31) y la intervención estatal en las actividades de empresas tanto públicas como privadas a partir de leyes dirigidas a racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas (nuevo artículo 32).

Posteriormente, durante un considerable periodo histórico del país se formularon políticas económicas proteccionistas como la conocida política de industrialización por sustitución de importaciones con el objetivo de desarrollar la industria nacional, a través de la evolución del sistema de restricciones a las importaciones, el control cambiario y las instituciones administrativas para ponerlo en marcha, tales como la Superintendencia de Importaciones (creada en 1957) y su reemplazo, la Superintendencia de Comercio Exterior (creada en 1964)⁹⁶.

Para Guarín y Franco este modelo de sustitución de importaciones tenía como premisas las siguientes⁹⁷:

- El control de importaciones y exportaciones.
- El otorgamiento de subsidios directos e indirectos a las empresas industriales.
- La regulación de precios.
- Los subsidios a las tasas de interés.
- La participación del sector público en la relación entre proveedores, productores y canales de distribución.
- Las tasas de cambio preferenciales para determinadas importaciones.

⁹⁴ Miranda Londoño, A. 2011. Origen y evolución del Derecho de la competencia en Colombia. Revista Derecho de la Competencia, No. 6 p-p 65-148. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/3-origen-y-evolucion3b3n-copia.pdf>. Con acceso el 15-11-2017.

⁹⁵ Palacios, A. y Gutiérrez, J. 2015. Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la competencia colombiano. Revista Derecho de la Competencia, No. 11, p-p 137-176. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-una-nueva-visic3b3n.pdf>. Con acceso el 10-11-2017.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Guarín, A y Franco, D. 2008. La sustitución de importaciones como medio para un desarrollo sostenible. Revista Universidad EAFIT, No. 151 (2), p-p 56- 67. Disponible desde internet en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/view/130>. Con acceso el 17-11-2017. p. 58.

Esta política industrial, para Guarín y Franco⁹⁸, fracasó por dos grandes factores: La primera consiste en mantener al país ofreciendo ventajas comparativas con recursos públicos y la segunda, la más importante, no tener como elementos orientadores conceptos como la productividad, competitividad o innovación tecnológica debido a un modelo económico proteccionista con una visión a corto plazo que impidió un desarrollo industrial sostenido. Lo anterior se corresponde con lo planteado por Joseph Stiglitz y Bruce Greenwald⁹⁹ para quienes el motor del desarrollo industrial es el desarrollo tecnológico y científico, así como lo propuesto por José Antonio Ocampo y Astrid Martínez¹⁰⁰ para quienes el desarrollo económico es el resultado de cambios en la estructura productiva, asociados al traspaso de actividades con productividades bajas a actividades de productividades altas como la que puede ofrecer el sector industrial.

Se hace mención del modelo de sustitución de importaciones porque aproximadamente hasta la entrada de los años 90's será este modelo quien determine la implementación del régimen de competencia, tal como se pasará a describir a continuación.

1.2.3.2.1. El Decreto 2061 de 1955, la Ley 155 de 1959 y el régimen de competencia en el marco de un modelo de sustitución de importaciones.

Partiendo del contexto económico mencionado surgió el Decreto 2061 de 1955, el cual a lo largo de solamente cinco artículos definió las líneas generales para la institucionalidad del derecho de la competencia en Colombia. Para Palacios y Gutiérrez¹⁰¹ el artículo primero, al igual que el régimen norteamericano de competencia, establece una prohibición general que se extiende a los acuerdos entre productores, entre distribuidores o entre tanto que pueda impedir el libre comercio, posteriormente combinando prohibiciones específicas como los acuerdos de precios, las ventas de margen, o la fijación de precios, la discriminación de precios o acuerdos sobre los márgenes de ventas o comisiones. Sin embargo, en el artículo cuarto de esta misma norma se establece la posibilidad de cobijar mediante excepción conductas anticompetitivas, a través de una decisión del ministerio competente.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Stiglitz, J., y Greenwald, B. 2013. Industrial Policies, the Creation of a Learning Society, and Economic Development. Disponible desde internet en: <http://cgt.columbia.edu/wp-content/uploads/2014/01/Industrial-Policies-the-Creation-of-a-Learning-Society-and-Economic.pdf>. Con acceso el 17-11-2017. p. 58.

¹⁰⁰ Ocampo, J. A., y Martínez, A. 2011. Hacia una Política Industrial de nueva generación en Colombia. Disponible desde internet en: https://jaocampodotnet.files.wordpress.com/2012/03/haciaunapolc3adticaindustrialdenuevagen_eric3b3n.pdf. Con acceso el 18-11-2017. p. 58.

¹⁰¹ Palacios, A. y Gutiérrez, J. 2015. Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la competencia colombiano. Revista Derecho de la Competencia, No. 11, p-p 137-176. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-una-nueva-visic3b3n.pdf>. Con acceso el 10-11-2017.

Por otra parte, el artículo segundo asigna facultades de investigación y decisión a una sola entidad, al entonces Ministerio de Fomento, sobre aquellas conductas que llegue a conocer directamente o por denuncias de terceros. Como se mencionó con anterioridad, este es un rasgo característico de un régimen de competencia enmarcado en un modelo constitucional presidencialista que privilegia la facultad que tiene la rama ejecutiva de dirigir el desarrollo económico, rasgo que se mantiene hasta la actualidad.

En cuanto a la Ley 155 de 1959, inicialmente este proyecto, cuyo objeto era la protección de la industria nacional, se basó en las reformas constitucionales ya mencionadas y destinadas a otorgarle al Estado una mayor intervención de la economía, otorgándole de por sí un papel complementario a otras políticas económicas destinadas a controlar el poder de mercado y la concentración empresarial.

Retomando los aportes del derecho antimonopolístico norteamericano la Ley 155 contiene una cláusula general prohibitiva de conductas anticompetitivas, pero con un aporte nacional como la posibilidad de exceptuar la aplicación de lo dispuesto en esta ley a aquellas conductas autorizadas por el gobierno. Adicionalmente, esta misma norma contempla un catálogo de conductas anticompetitivas objeto de vigilancia y sanción.

Hasta la fecha, se mantiene la consecuencia prevista en el artículo 19 de la Ley 155 para la infracción de las normas de libre competencia, es decir, la nulidad absoluta por objeto ilícito de los actos jurídicos involucrados.

En cuanto al diseño institucional, para Palacios y Gutiérrez¹⁰² la investigación y sanción continuó en cabeza del Ministerio de Desarrollo Económico (anteriormente Ministerio de Fomento), a través de sus superintendencias, quienes a partir de denuncias o de oficio podían adelantar las respectivas investigaciones que serían contenidas en un informe dirigido al Ministerio de Desarrollo Económico, para que este decida el mérito de la sanción o no, previo concepto del Consejo de Política Económica y Planificación.

Posteriormente, en el año 1976 se le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de realizar la investigación y sanción de las conductas anticompetitivas, anteriormente asignadas de manera dispersa a otras entidades administrativas, lo cual fue posible, a través de su reestructuración, asignando la investigación de las posibles conductas anticompetitivas a una superintendencia delegada y si se configura el caso, la posterior sanción al superintendente, concepto que continua hasta la fecha.

En la actualidad podemos encontrar dos posiciones respecto a la efectiva aplicación de la estructura jurídica dispuesta durante este periodo. Una primera

¹⁰² Ibidem.

posición¹⁰³ considera que no se emitieron decisiones relevantes sobre el tema y, por otro lado, una segunda posición¹⁰⁴ que a pesar de basarse en un limitado periodo como el comprendido entre 1961 y 1968, plantea que si existieron reiterados casos relevantes que exigen revisar con mayor detenimiento el rango total de decisiones que emitió en aquel entonces la Superintendencia de Regulación Económica y posteriormente la Superintendencia de Industria y Comercio con el objetivo de tener una idea más precisa de la aplicación del derecho de la competencia en este periodo.

1.2.3.2.2 El régimen de competencia en la actual apertura económica. Es a partir del proceso de apertura económica llevado a cabo durante los 90's que el país desarrolla con mayor profundidad el concepto de libre competencia económica, una normatividad y una institucionalidad para garantizarla, a través de normas como el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 3523 de 2009, modificado este último por el Decreto 1687 de 2010.

Inicialmente, el Decreto 2153 de 1992 retoma algunos progresos realizados por el derecho de la competencia estadounidense y europeo, sin alejarse totalmente de la Ley 155 de 1959, es así como mantiene y desarrolla el régimen de competencia hasta el momento. Para Miranda¹⁰⁵ en el aspecto sustancial el decreto lo hace a través de la continuación de una estructura con una cláusula general de conductas anticompetitivas en su artículo 46 y el establecimiento de diversas conductas que desarrollan específicamente los conceptos de acto, acuerdo, conducta, control y posición dominante contenidos en el artículo 45, esto a través de subsecuentes artículos de la misma norma, tales como los artículos 47 (referente a las conductas restrictivas de la competencia), 48 (referente a los actos restrictivos de la competencia) y 50 (referente al abuso de posición de posición dominante).

En este mismo sentido se ampliaron, a través del artículo 49 los casos en que se exceptúa la aplicación de las normas de competencia en lo respectivo a prácticas restrictivas, refiriéndose esta ampliación a las conductas relacionadas con investigación y desarrollo, las relacionadas con la aplicación de normas o

¹⁰³ Miranda Londoño, A. 2011. Origen y evolución del Derecho de la competencia en Colombia. Revista Derecho de la Competencia, No. 6 p-p 65-148. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/3-origen-y-evolucion3b3n-copia.pdf>. Con acceso el 15-11-2017;

¹⁰⁴ Palacios, A. y Gutiérrez, J. 2015. Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la competencia colombiano. Revista Derecho de la Competencia, No. 11, p-p 137-176. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-una-nueva-visic3b3n.pdf>. Con acceso el 10-11-2017.

¹⁰⁵ Miranda Londoño, A. 2011. Origen y evolución del Derecho de la competencia en Colombia. Revista Derecho de la Competencia, No. 6 p-p 65-148. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/3-origen-y-evolucion3b3n-copia.pdf>. Con acceso el 15-11-2017;

estándares no obligatorios, siempre que no impidan el ingreso de competidores al mercado y la utilización de facilidades comunes.

Frente a los aspectos procesales el Decreto 2153 de 1992 adopta el procedimiento administrativo general y la figura de las garantías, mediante la cual el superintendente delegado tenía la facultad de terminar la investigación sobre una respectiva práctica de anticompetitiva si esta era modificada o terminada.

Posteriormente, la Ley 1340 de 2009, incorporó modificaciones de corte más estructural como la unificación de autoridad y regímenes de competencia, importación jurídica de figuras como la delación y los planes de clemencia, modificación del esquema de algunos procedimientos y fortalecimiento de la capacidad sancionatoria, entre ellas se pasan a enumerar las descritas por el profesor Alfonso Miranda¹⁰⁶:

- Estableció la autoridad única de competencia en cabeza de la SIC.
- Armonizó el régimen general de libre competencia con los regímenes especiales.
- Modificó los umbrales y el procedimiento de las concentraciones empresariales.
- Estableció un programa de delación o de clemencia.
- Aumentó notablemente la capacidad sancionatoria de la SIC, que ahora va a hasta cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes o hasta el 150 por ciento de la utilidad generada por la conducta anticompetitiva, en el caso de las personas jurídicas, y hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Merece especial énfasis como la Ley 1340 de 2009 reguló la unificación de autoridad y de regímenes de competencia debido a las características del presente trabajo de grado. Esta misma norma, a través de su artículo 6 define a la Superintendencia de Industria y Comercio como “autoridad única de competencia” en lo relacionado a la investigación y sanción de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal. Sin embargo, en lo relacionado al control de concentraciones empresariales esta misma norma definió en su artículo 9 la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio como regla general en los distintos sectores de la economía y unas excepciones en las concentraciones a realizar en el sector financiero y aeronáutico, permitiendo que esta facultad sea ejercida por la Superintendencia Financiera en el primer caso y por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

En cuanto a la dispersión normativa, la Ley 1430 de 2009, por medio de su artículo 4 intentó regular un mecanismo para garantizar la armonización entre el régimen general y los regímenes especiales de competencia, a través de la definición de una aplicación principal de las normas especiales de competencia de cada sector y una aplicación residual del régimen general de competencia.

¹⁰⁶ Ibidem.

Finalmente, la Ley 1430 de 2009 introduce, a través de su artículo séptimo, la abogacía de la competencia como un principio fundamental para el régimen de competencia colombiano, el cual exige la colaboración armónica entre entidades públicas y la Superintendencia de Industria y Comercio, por ejemplo, en la solicitud previa de concepto por parte de esta última ante la posibilidad de emitir una regulación que afecte la libre competencia en el mercado.

Es así como para Miranda¹⁰⁷ nuestro actual régimen de competencia comprende los siguientes sectores económicos con regímenes especiales: Servicios públicos domiciliarios, algunos servicios públicos no domiciliarios, sistema financiero y asegurador, sistema de seguridad social en salud, y sistema de transporte y puertos.

1.2.3.2.3. El régimen de competencia, a través del derecho administrativo sancionatorio. En la actualidad nuestro régimen de competencia se divide en dos grandes áreas:

1. El derecho de la libre competencia, cuyo objeto es prohibir conductas tales como el abuso de posición de dominio, acuerdos y actos anticompetitivos y el régimen de integraciones empresariales;
2. El derecho de la competencia desleal, cuyo objeto es garantizar la competencia leal entre los competidores de un mercado determinado, a través de una regulación específica como la contenida en la Ley 256 de 1996.

Considerando el objeto del presente trabajo de grado, habrá una concentración en el derecho de la libre competencia, el cual se caracteriza por desarrollarse, a través de un procedimiento administrativos que busca materializar los objetivos de la normatividad del derecho de la competencia y se ciñe a los parámetros fijados por el derecho administrativo sancionatorio, el cual encuentra fundamento procesal especial en las mismas normas de competencia, pero también un fundamento procesal residual en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) .

Ahora, respecto del derecho de la libre competencia, este busca sancionar tanto las conductas que por objeto como por efecto vulneran la libre competencia, en este sentido, se sanciona no solamente aquellas conductas que efectivamente hayan generado una distorsión en el mercado, a través de una conducta restrictiva de la libre competencia, también aquellas conductas que a pesar de no lograr afectar materialmente la libre competencia estén encaminadas a este

¹⁰⁷ Miranda Londoño, A. 2011. Origen y evolución del Derecho de la competencia en Colombia. Revista Derecho de la Competencia, No. 6 p-p 65-148. Disponible desde internet en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/3-origen-y-evolucion3b3n-copia.pdf>. Con acceso el 15-11-2017.

objetivo y tengan la idoneidad de hacerlo, tal como lo describe el profesor Ossa Bocanegra:

(...) no es necesario que se produzca la afectación al bien jurídico protegido, basta con la sola intención de hacerlo, pero hay que aclarar que esa intención debe tener la potencialidad de causar el efecto prohibido (objeto) y, por lo tanto, ser un comportamiento idóneo como los señalados en el decreto 2153 de 1992, pero se aclara que dicho listado de comportamientos anticompetitivos enunciados en la norma en comento, no es taxativo y, por ende, cualquier comportamiento que busque la afectación del bien jurídico protegido y no se encuentre ahí enmarcado se investiga por la cláusula general de competencia estipulada en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959¹⁰⁸.

Nuestro régimen de competencia con la intención de garantizar un procedimiento sancionatorio que se acople tanto al principio de legalidad como a los demás principios y objetivos fijados por nuestro actual Estado Social de Derecho, en especial los relacionados a nuestra economía social de mercado, según Ossa¹⁰⁹, ha dividido las conductas contrarias a la libre competencia de la siguiente manera:

- Acuerdos anticompetitivos: Según el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 son aquellas conductas que se derivan de la intervención de más de un agente con el objetivo de restringir la competencia en el mercado, a través de contratos, convenios, concertación, prácticas concertadas o conscientemente paralelas.
- Actos anticompetitivos: Son aquellas conductas unilateralmente realizadas por un agente en el mercado destinada a distorsionar, alterar o falsear la competencia, contenidas en el numeral 2, artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.
- Abuso de posición dominante: Hace referencia a aquellas conductas destinadas a restringir la competencia en el mercado, a través del aprovechamiento de la posición dominante de un agente en ese mercado, por lo tanto, lo que se sanciona no es la posición dominante en sí, sino el abuso en base a esta posición. Las conductas que se consideran configuran esta infracción se encuentran comprendidas no taxativamente en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.
- Integraciones empresariales: A partir de las Leyes 155 de 1959 (artículo 4) y 1340 de 2009 (Titulo II) esta medida de intervención estatal en la economía, cuyo origen se encuentra en la importación jurídica de leyes como la Clayton Act y Hart-Scott-Rodin Act estadounidenses, dispone que previa a una integración vía fusión, adquisición o cualquiera sea la

¹⁰⁸ Ossa Bocanegra, C. 2014. Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, No. 120 (1), p-p 181-219. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2685>. Con acceso el 20-11-2017. p. 204.

¹⁰⁹ Ibidem.

operación destinada a conseguirlo, se realice notificación de la misma a la Superintendencia de Industria y Comercio con el objeto de analizar sus efectos económicos para determinar si transgrede o no la libre competencia en el mercado, si es así es posible revertir la operación o autorizar en determinados casos medidas destinadas a evitar sus efectos anticompetitivos

- Monopolios: Como ya ha sido descrito anteriormente, aquellas conductas dirigidas a configurar un monopolio en el mercado, sin encontrarse previamente autorizadas vía excepción normativa, infringen el derecho de libre competencia.

En resumen, las políticas de competencia para Miranda y Gutiérrez¹¹⁰, al menos en los casos más representativos de Latinoamérica, tienen tres funciones concretas en este proceso de apertura económica: “1) permitir un mayor acceso al mercado para nuevos competidores; 2) proteger la competencia frente a prácticas restrictivas comerciales; y 3) fomentar la eficiencia de las empresas y el consecuente bienestar para los consumidores”.

1.3. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS.

1.3.1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PUBLICOS.

Como se mencionó anteriormente, con posterioridad a la Constitución Política de 1991, la prestación de los servicios públicos pasó a delegarse a la iniciativa privada bajo el principio de libre competencia, durante un periodo que simultáneamente iba desarrollando una mayor dinamicidad del régimen de competencia nacional.

Estas premisas parten de que el Estado cumple distintas funciones como agente económico, más allá de las típicas funciones de producir o consumir bienes y servicios, también tiene un importante papel al ejercer actos de soberanía como regulador de las actividades económicas o cuando interviene directamente en el actuar económico en busca de un determinado fin.

De lo anterior se desprende que los servicios deben ser analizados bajo la dinámica de mercado, pero bajo la regulación, control y vigilancia del Estado con la finalidad de garantizar los derechos de los usuarios ante una posible

¹¹⁰ Miranda Londoño, A y Gutiérrez Rodríguez, J. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y Latinoamérica. Revista Boliviana de Derecho, No. 5 (1), p.-p 215-267. Disponible desde internet en: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf> . Con acceso el 20-11-2017. p. 244.

configuración de una asimetría en el mercado y así mismo una asimetría de derechos fundamentales, tal como se describió previamente.

La intervención del Estado en la economía, a través de la regulación, se hace más necesaria aun cuando existen fallas de mercado que a su vez comprometen los derechos de los agentes económicos y el mercado del servicio público de transporte urbano de pasajeros es un caso representativo de ello debido a las distintas fallas que lo caracterizan (fallas de competencia, asimetría de la información, externalidades, mercados incompletos y existencia de bienes públicos) y que pasarán a describirse en el próximo capítulo.

Lo anterior situación ha determinado fundamentalmente la concepción y el desarrollo de la competencia económica en el mercado, ya que el derecho a la libre competencia se ha concebido no como un fin en sí mismo, sino como un medio para garantizar tanto la eficiencia como la mayor accesibilidad al servicio público del transporte por lo que la regulación económica con la finalidad de garantizar la competencia económica se ha realizado de manera excepcional de forma ex ante y de forma ex post cuando se han establecido reglas para la defensa de la libre competencia en el sector.

1.3.2. REGULACIÓN EX ANTE Y EX POST. Inicialmente, para Huapaya¹¹¹ u Ossa¹¹² hablamos de regulación ex ante cuando el Estado busca corregir fallas de mercado en mercados caracterizados por la presencia de los mismos, a través de la predeterminación de las condiciones en que se procura opere el mercado con la finalidad de simular los resultados de la competencia perfecta, vía regulación. Por otra parte, para Ossa¹¹³ hablamos de regulación ex post cuando el Estado interviene con el objetivo de prevenir o mitigar los riesgos que el abuso, ya en el ejercicio de derechos individuales, a través de prácticas anticompetitivas, puede causar sobre el mercado.

Por lo tanto, la facultad normativa del Estado en materia de competencia no solo se encuentra en el desarrollo del derecho de la competencia, tradicionalmente conocido y practicado, también se encuentra en las practicas regulatorias que ejercen autoridades administrativas con la finalidad de encontrar el mejor

¹¹¹ Huapaya Tapia, R. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la Regulación. En: Revista Ius Et Veritas. Volumen 1, No. 40, 2010. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157/12722>. Con acceso el 15-10-2017.

¹¹² Ossa Bocanegra, C. 2014. Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, No. 120 (1), p-p 181-219. Disponible desde internet en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2685>. Con acceso el 20-11-2017.

¹¹³ Ibidem.

desempeño en mercados, cuyas características económicas exigen una predeterminación previa de condiciones económicas y competitivas.

Por esta misma razón una inadecuada práctica regulatoria puede conducir a la indeseable situación en la que la misma autoridad regulatoria propicia la realización de prácticas anticompetitivas, siendo esta misma entidad pública la que transgrede las normas de competencia y, por ende, configurando una especial responsabilidad jurídica para la misma entidad.

Finalmente, sobre este punto, tanto la regulación ex ante como ex post deben ser complementarias y no excluyentes entre sí, por dos razones principales:

1. La regulación ex ante no es capaz de determinar previamente por sí sola las condiciones suficientes para garantizar un adecuado grado de competitividad económica en el mercado y por ende es necesaria la libre competencia para complementarla.
2. La regulación ex ante determina la aplicación de la regulación ex post, siendo necesaria una complementariedad de principios, supuestos y objetivos para realizar ambas funciones de manera adecuada.

1.3.3. LOS MECANISMOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS COMO GARANTÍAS DE LA COMPETENCIA POR EL MERCADO. En este acápite, el objeto de análisis es la regulación ex ante de este mercado, para lo cual, se considera apropiado partir de lo definido en nuestro Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) en lo concerniente a la conceptualización de la actividad transportadora en general.

Ya el numeral 11, artículo 20 del Código de Comercio agrupa a la actividad transportadora tanto de pasajeros como de mercancías dentro de las actividades consideradas mercantiles y reguladas por este cuerpo normativo. Así mismo el artículo 981 define al contrato de transporte como:

(...) un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario.

El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales¹¹⁴.

En esta misma lógica, el artículo 982 define como obligación del transportador en el transporte de personas, específicamente como asunto que nos concierne, a conducir las sanas y salvas al lugar de destino, “... en los términos definidos en el

¹¹⁴ Presidencia de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971). Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. DO:33.339.

contrato de transporte y en su defecto conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales¹¹⁵. Se subraya este apartado con el objeto de denotar que ya el mismo Código de Comercio abre la oportunidad a una regulación supletiva del contrato de transporte, ampliamente utilizada con posterioridad por la regulación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros.

Igualmente, el artículo 1000 del Código de Comercio reafirma la posibilidad de una regulación supletiva del contrato de transporte al regular las obligaciones del pasajero de la siguiente manera: *“El pasajero estará obligado a pagar el pasaje y a observar las condiciones de seguridad impuestas por el transportador y por los reglamentos oficiales y a cumplir los reglamentos de la empresa”*¹¹⁶.

No obstante, el contrato de transporte sea regulado como una actividad comercial dentro del derecho privado, específicamente dentro del derecho comercial, el mismo Código de Comercio diferencia en su artículo 983 entre empresas de transporte particular y empresas de transporte de servicio público, permitiendo que el Gobierno fije en estas últimas sus características, las condiciones de su creación y funcionamiento.

Pero no es hasta la expedición de nuestra Constitución Política que comienza a definirse con mayor precisión la naturaleza del servicio público de transporte, a través de la consagración de los servicios públicos como derechos fundamentales y herramientas tanto del Estado Social de Derecho como de su estructura económica, la economía social de mercado en su artículo 365, herramientas que pueden ser delegadas a la iniciativa privada siempre y cuando se consideren las singularidades económicas y técnicas del servicio público en específico, sin que esto implique la eliminación de la titularidad de las funciones de regulación, control y vigilancia de estos mismos servicios en cabeza del Estado.

Ante el nuevo marco constitucional se hizo necesaria una regulación del servicio público del transporte, que, para nuestro caso, definió las condiciones generales habilitantes para prestar este servicio y los mecanismos para garantizar un espacio de competitividad en el sector.

Como se mencionó, la prestación del transporte público colectivo de pasajeros no fue una excepción ante el ingreso de actores privados en la prestación de servicios públicos, lo que exigió a su vez mecanismos jurídicos que no afectaran la prestación eficiente, así como su control y vigilancia por parte del Estado. Es así como ya, desde las referidas leyes 105 de 1993 y 306 de 1996 se exige la suscripción de un contrato de concesión u operación o una autorización de carácter administrativo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la regulación que realice el Gobierno Nacional, según el modo de transporte en específico.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem.

En cuanto al primer instrumento para el otorgamiento de la operación del transporte público colectivo de pasajeros, el contrato de concesión, según la normatividad vigente (especialmente el artículo 32 de la Ley 80 de 1993), se trata de una institución jurídica por medio de la cual se otorga a un particular la operación, prestación, gestión o explotación de un servicio, en este caso el servicio público de transporte, cuya titularidad le pertenece al Estado por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad pública concedente, a cambio de una remuneración, en este caso tarifaria.

El contrato de concesión también se encuentra sometido por los principios de la contratación estatal, dispuestos en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, de los cuales es importante resaltar los principios de transparencia, selección objetiva del contratista, economía, responsabilidad, libertad de concurrencia, igualdad de oportunidades y el equilibrio financiero, entre otros.

Adicionalmente, la normatividad del transporte público colectivo, específicamente el artículo 21 de la ley 336 de 1996, exige al Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Transporte, regular los contratos de concesión y sus respectivos procesos de selección de contratista mediante licitación con el objetivo de incorporar criterios que garanticen la competencia y eviten el monopolio:

Artículo 21.-La prestación del servicio público de transporte en los distintos niveles y modalidades podrá convenirse mediante la celebración de contratos de concesión adjudicados en licitación pública, cumpliendo para ello los procedimientos y las condiciones señaladas en el estatuto general de contratación de la administración pública. No podrá ordenarse la apertura de la licitación pública sin que previamente se haya comprobado la existencia de una demanda insatisfecha de movilización.

En todo caso el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte, deberá incluir como criterio de adjudicación, normas que garanticen la competencia y eviten el monopolio¹¹⁷.

En cuanto al segundo instrumento para el otorgamiento de la operación del transporte público colectivo de pasajeros, el permiso, según la normatividad vigente (especialmente los artículos 18 y 19 de la ley 336 de 1996) se trata de una autorización administrativa revocable e intransferible para la prestación del servicio de transporte respecto de áreas de operación, rutas y horarios o frecuencias de despacho, la cual se debe someter a reglamentos previamente fijados. Este permiso es descrito, someramente de la siguiente manera:

Artículo 18. El permiso para prestar el servicio público de transporte es revocable e intransferible, y obliga a su beneficiario a cumplir lo autorizado bajo las condiciones en él establecidas¹¹⁸.

¹¹⁷ Congreso de Colombia. (20 de diciembre de 1996) Estatuto General de Transporte. [Ley 336 de 1996]. DO: 30138.

Respecto del otorgamiento de este permiso, el artículo 19 de la ley 336 de 1996 dispuso que se realizará mediante concurso en el que se garanticen la libre concurrencia y la iniciativa privada sobre creación de nuevas empresas, según lo determine la reglamentación que expida al Gobierno Nacional:

Artículo 19.- El permiso para la prestación del servicio público de transporte se otorgará mediante concurso en el que se garanticen la libre concurrencia y la iniciativa privada sobre creación de nuevas empresas, según lo determine la reglamentación que expida al Gobierno Nacional.

Cuando el servicio a prestar no esté sujeto a rutas y horarios predeterminados el permiso se podrá otorgar directamente junto con la habilitación para operar como empresa de transporte¹¹⁹.

Cabe aclarar, la regulación de este permiso es sumamente reducida y poco desarrollada tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por la doctrina.

Las disposiciones normativas referidas a los instrumentos jurídicos dispuestos para el otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo tienen como objeto garantizar entre distintos fines la selección objetiva de la oferta de operación de transporte público que ofrezca mejores condiciones a los usuarios. Por lo tanto, es fundamental evitar las barreras de entrada o las prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio la competencia “por” la prestación del servicio de transporte público colectivo, ya que este mercado se caracteriza por una naturaleza económica que impide la competencia “en” el mercado como en la gran mayoría de mercados.

Esta consideración es crucial para comprender el funcionamiento del mercado de transporte público colectivo de pasajeros, ya que como se explicará con mayor profundidad en los siguientes capítulos, como otros servicios públicos, posee características de monopolio natural. Sin embargo, a grandes rasgos, esto implica que una única empresa es capaz de producir todas las unidades del servicio a un coste menor que aquel en que incurrirían dos o más empresas.

Lo anterior ha implicado que se sustituya la competencia “en” el mercado por la competencia “por” el mercado, lo más común es que se desarrolle a través de instrumentos como los contratos, previa aplicación de mecanismos competitivos de selección del contratista para quienes esperan prestar la operación del servicio como mecanismo “ex ante”, así como la regulación del mercado como mecanismo “ex post” (sin ánimo de confundir con el carácter ex ante y ex post de la regulación de competencia).

Finalmente, el análisis de la específica regulación ex ante del mercado del servicio público de transporte urbano y colectivo de pasajeros mediante la modalidad

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

adoptada en los sistemas estratégicos de transporte público (SETP) exige abordar previamente el funcionamiento de este mercado, ejercicio que pasará a realizarse en el siguiente capítulo de este trabajo de grado, para finalmente evaluar de manera más concienzuda si su regulación en la ciudad de Pasto garantiza el derecho a la libre competencia económica por el mercado, lo que se realizará en el tercer y último capítulo.

2. CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA Y OPERATIVA DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO (SETP) DE LA CIUDAD DE PASTO

2.1. CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO AUTOMOTOR DE PASAJEROS

2.1.1. Elementos y principios básicos de la economía del transporte. Con el objeto de caracterizar económicamente el servicio público de transporte colectivo automotor de pasajeros de la manera más resumida y accesible se pasará a describir algunas de las características que permiten diferenciarlo como un sector que amerita un análisis económico y jurídico diferenciado, algunas de ellas determinadas en gran medida por la actual introducción de nuevas tecnologías y sistemas de organización del sector.

A. Tecnología de producción: la infraestructura y los servicios. Para De Rus, Campos y Nombela ¹²⁰ la caracterización económica y jurídica parte en gran medida de las diferencias tecnológicas entre los diversos modos de transporte, ya que estas condicionan tanto la estructura del mercado como el grado de competencia que puede desarrollarse en el marco de la misma.

B. El tiempo de los usuarios como un factor productivo fundamental. A diferencia de otras actividades económicas, en la actividad transportadora el tiempo cumple una importancia de primer orden al traducirse en un factor más de producción que permite evaluar como más atractiva o no determinada oferta del servicio de transporte por parte del usuario, siendo una variable igual de importante que la inversión monetaria¹²¹.

C. No almacenabilidad e indivisibilidad del servicio de transporte. Esta característica, según De Rus, Campos y Nombela¹²², hace referencia a la imposibilidad de dividir o almacenar una parte de la capacidad (representada en cupos) de un vehículo de transporte, lo que obliga a que se busque el consumo de todos los cupos en el momento en que se produce el servicio. Esta característica exige la capacidad de racionalizar los niveles de oferta a partir de los niveles de demanda, los cuales varían en periodos temporales como las conocidas “horas pico” (alta demanda) u “horas valle” (baja demanda), ya que una deficiente racionalización conllevaría a la ineficiente asignación por exceso de recursos por parte de la empresa de transporte o, por otra parte, a una

¹²⁰ De Rus, G.; Campos J. y Nombela G. Economía del transporte. En Barcelona: Antoni Bosch Editor. 2003.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem.

insuficiente oferta que derivaría en la insatisfacción de la demanda por parte de los usuarios.

D. Competencia limitada y necesidad de regulación. La limitada capacidad espacial que ofrece la infraestructura para los vehículos de transporte determina la capacidad de propiciar la existencia de una amplia gama de empresas que ofrezcan el servicio de transporte, lo que ha derivado en un característico bajo nivel de oferta de este servicio y a su vez en una posición de dominio por parte de estas empresas que debe regularse, a través de distintos mecanismos que se pasarán a analizar, teniendo en cuenta que se encuentran en juego los derechos de los usuarios.

E. Efectos de red. Se habla de esta característica en el servicio de transporte, ya que la misma actividad se realiza, a través de redes organizadas como las rutas de buses que permiten una mayor coordinación de los factores de producción y pueden lograr ofrecer un servicio superior en términos de tiempo y cobertura al que se ofrecería por los vehículos individualmente considerados¹²³.

Al respecto, De Rus, Campos y Nombela describen la funcionalidad de la estructura de red que suele tener la prestación del servicio de transporte, a través de su organización operativa:

En su definición más simple, una red es un conjunto de puntos (o nodos) y líneas de interconexión que se organizan con el fin de permitir la transmisión de flujos (de mercancías, personas, información, etc.). La configuración de la red es el elemento más característico de ésta, ya que determina su funcionamiento. Así, cada punto puede ser un punto de origen o destino (de donde salen o a donde llegan los flujos) o un simple nodo de interconexión, cuya existencia facilita y mejora la relación entre los primeros¹²⁴.

De esta característica se desprende una mayor utilidad del mayor número de usuarios que demanden el servicio, todo esto a través de una estructura de costos decreciente. Es decir, entre más usuarios consuman un servicio, menores son los costes unitarios de producirlo, debido a que toda la infraestructura instalada se caracteriza técnicamente por estar proyectada para una gran cantidad de usuarios lo que permite soportar y distribuir el costo de la totalidad de la oferta entre más unidades de demanda, abaratándolo.

F. Externalidades negativas. Partiendo de que se pueden entender las externalidades negativas, según Pyndick y Rubenfield¹²⁵, como aquellos costos que surgen de la producción o consumo que no se reflejan directamente en el mercado, a través de precios de mercado, su presencia es característica en el

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem., p. 109.

¹²⁵ Pyndick, R. y Rubenfield, D. (2009). Microeconomía. En: Pearson Educación, S.A. Madrid. 2009.

mercado del transporte y se traslada a un tercero, en este caso al resto de la sociedad en cuatro característicos casos¹²⁶: la contaminación atmosférica, la contaminación auditiva, los accidentes de tráfico y la congestión en el uso de infraestructuras de transporte.

G. Obligaciones de servicio público. Para el caso del servicio público de transporte urbano y colectivo de pasajeros se ha optado por incluir obligaciones de servicio público que no son contemplados directamente en el costo económico de la tarifa como el caso de la operación de rutas u horarios no rentables, para De Rus, Campos y Nombela¹²⁷, reduciendo su costo bajo criterios de equidad con el objetivo de fomentar el uso del transporte público como una alternativa de movilidad sostenible a los problemas de congestión y contaminación, así como un mecanismo de redistribución de renta de aquellos quienes ven comprometido su acceso a este servicio debido a sus bajos niveles de ingresos.

2.1.2. Los costos del servicio de transporte. En este punto se procurará describir el concepto de costes de transporte a partir de los recursos que se deben invertir para ofertar y demandar este servicio, ya que estos condicionan la rentabilidad que tendrá tanto el agente económico que operará este servicio como el usuario que lo consume, las características con las que se desarrollará y finalmente, el bienestar social que se generará. Por ende, este costo surge de la combinación de los distintos recursos productivos que son asumidos tanto por el operador, el usuario y los terceros.

Partiendo del mencionado objetivo se utilizará la clasificación de los costos de transporte realizada por De Rus, Campos y Nombela (2003), la cual caracteriza los costos asumidos por los productores (CP), los usuarios (CU) y la sociedad, a través de las externalidades generadas por el servicio de transporte (CE) y finalmente ilustra el costo social (CS) del servicio de transporte como el resultado de la sumatoria de los mencionados factores, tal como se expresa a continuación:

$$CS = CP + CU + CE$$

A. Costos del productor. En nuestro caso estos costos incluyen las inversiones realizadas en la adquisición, operación y mantenimiento de los vehículos utilizados para el traslado de pasajeros, los costos operativos asociados a la contratación de personal, combustible y repuestos, entre otros, y finalmente los costos que se desprenden de la gestión de la red de vehículos, asociados a la logística y tecnología necesaria.

¹²⁶ De Rus, G.; Campos J. y Nombela G. Economía del transporte. En Barcelona: Antoni Bosch Editor. 2003.

¹²⁷ Ibidem.

Las mencionadas inversiones dependerán de la eficiencia con la que se elige el nivel óptimo de capacidad de transporte que se ofertará y los costos tanto variables (personal, combustible o repuestos) como fijos (costos de instalación de nueva capacidad, de administración o impuestos) necesarios para garantizar los estándares de servicio exigidos por el mercado y la regulación al menor costo posible.

Finalmente, un factor fundamental a considerarse para el Banco de Desarrollo para América Latina¹²⁸ como para De Rus, Campos y Nombela¹²⁹ es el de la inversión en activos con alto grado de especialidad (instalación de nueva capacidad representada en equipos y tecnología) que implican un alto costo que resulta en una barrera para el ingreso a este mercado, lo que hace que se requiera alcanzar un volumen elevado de producción para poder obtener costes unitarios bajos, remitiéndonos a la característica de red que tiene el transporte y a su naturaleza como economía de densidad y escala. Este factor ha servido de argumento para considerar en algunos casos al servicio de transporte público como un monopolio natural, ya que el exceso de competencia podría reducir el nivel de producción de cada empresa, impidiendo aprovechar los rendimientos crecientes que se desprenden de los costos hundidos previamente mencionados.

B. Costos de los usuarios. En el caso del usuario, la inversión más representativa es la valoración monetaria del tiempo invertido en los tiempos de espera, transbordos, desplazamientos intermedios y de viaje principal que resultan esenciales al determinar el modo de transporte que optará por elegir el usuario¹³⁰.

La capacidad de determinar técnicamente si un modo de transporte es más costoso o no para el usuario depende de la existencia de diversos factores heterogéneos que pueden influir en la decisión de éste, tales como el valor de la tarifa, el tiempo de viaje, la calidad del servicio, el precio de otros bienes y servicios, factores socioeconómicos, entre otros. Para De Rus, Campos y Nombela¹³¹ esta heterogeneidad de factores dificulta la medición del coste de oportunidad que representa el transporte para el usuario, lo que ha exigido su simplificación a partir de una sola variable que los comprenda, esta variable es el concepto de precio generalizado (g).

Según De Rus, Campos y Nombela¹³², el precio generalizado se expresa a partir de la combinación lineal de los componentes monetarios del viaje (p), el valor del

¹²⁸ BANCO DE DESARROLLO PARA AMÉRICA LATINA. (2009). Servicios locales, infraestructura y transporte: Dimensión, escala, redes e instituciones de gobernanza. Disponible desde internet en: <https://www.caf.com/media/3864/200904BelVERSIONFINAL.pdf>. Con acceso el 2-11-2017.

¹²⁹De Rus, G.; Campos J. y Nombela G. Economía del transporte. En Barcelona: Antoni Bosch Editor. 2003.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem.

tiempo total empleado en el mismo (v_t) y la valoración monetaria del resto de elementos cualitativos que intervienen en la decisión:

$$g = p + V_t + 0$$

C. Costos de la sociedad. Los costos asumidos por la sociedad son las ya referidas externalidades, las cuales comprenden la contaminación ambiental, la accidentalidad y la congestión de infraestructuras de transporte, los cuales no se reflejan, a través de una valoración económicamente dentro de las distintas transacciones realizadas en el mercado entre el transportador y el usuario, pero afectan negativamente a terceros. Ante esta situación es necesaria la regulación de este tipo de costos con la finalidad de que los distintos agentes económicos participantes en el mercado los asuman, a través de sanciones o pago de derechos.

2.1.3. El mercado del transporte como un sector regulado. Para abordar adecuadamente al mercado del transporte urbano colectivo de pasajeros es necesario explicar qué se entiende por monopolio natural, qué lo caracteriza y cuál es su relación con el mercado objeto de análisis en el presente trabajo.

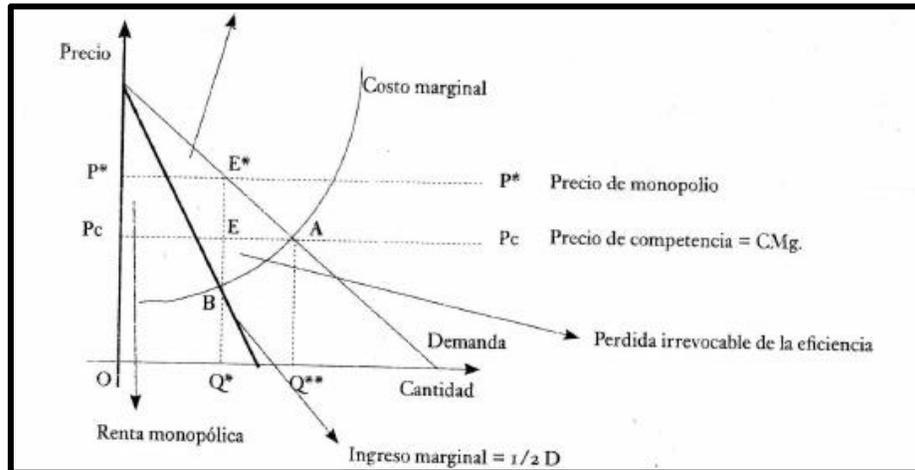
El monopolio natural se identifica en estructuras de mercado que posibilitan la producción de bienes o servicios por parte de una sola empresa de manera más eficiente que si las realizara una pluralidad de empresas debido a la presencia de factores como altos costos hundidos, economías de escala, altas barreras de entrada para nuevas empresas o una demanda inelástica.

Adicionalmente, no basta con los factores mencionados, la posibilidad de generar un servicio a menores costos es otro factor fundamental para determinar la existencia de un monopolio natural y su conveniencia debido a que según Pyndick y Rubenfield¹³³ la fragmentación de la oferta, dígase en dos empresas rivales que abastecieran cada una a la mitad del mercado, generaría un costo de producción mayor al que incurriría el monopolio inicial lo que obligaría a su vez a ofrecer un precio final mucho mayor al consumidor.

Sin embargo, no es suficiente con la mera existencia del monopolio natural para obtener sus potenciales beneficios, del mismo se desprenden ineficiencias técnicas y económicas que no se presentarían en un escenario ideal de libre mercado y competencia, este es el característico caso de la posibilidad de cobrar un precio mayor de cada unidad de producto respecto al costo marginal de producirlo. Esta situación distorsiona la distribución del ingreso y puede ser graficada de la siguiente manera:

¹³³ Pyndick, R. y Rubenfield, D. (2009). Microeconomía. En: Pearson Educación, S.A. Madrid. 2009.

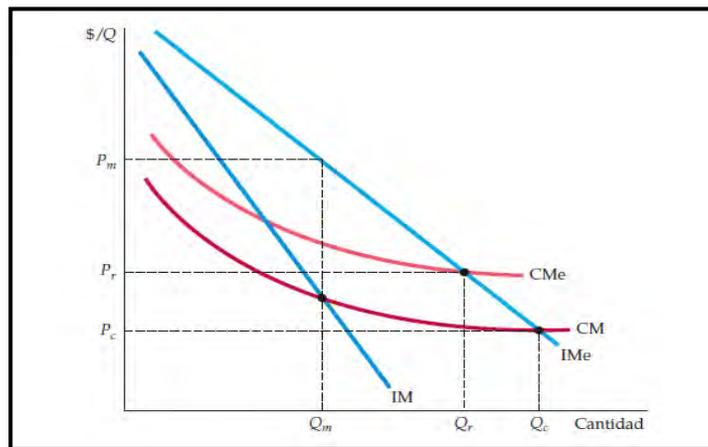
Gráfico 2. Distorsión del precio generado en un monopolio natural.



Fuente. Amador Cabra. *Análisis económico del derecho, monopolio natural y regulación económica*.

Considerando el anterior escenario, el monopolista se apropia del excedente del consumidor al cobrarle por una unidad de producto el precio máximo que estaría dispuesto a pagar por cada bien y servicio, derivándose un precio mayor al precio competitivo. Es por esta razón que la regulación económica se hace necesaria para controlar tanto la cantidad ofertada como el precio efectivamente ofrecido al usuario con el objeto de controlar el abuso de posición dominante y garantizar un nivel de producción óptimo, tal como se logra describir en la siguiente gráfica:

Gráfico 3. Control regulatorio sobre el precio y la cantidad ofrecida en un monopolio natural.



Fuente. Retomado de Pyndick y Rubenfield. *Microeconomía*.

Esta necesidad de regular los precios ofrecidos por el monopolista parte de que el coste marginal siempre es inferior al coste medio como se evidencia en la Figura 10.12, para Pyndick y Rubenfield¹³⁴ por una parte si el monopolista no estuviese regulado produciría una cantidad Q_m y la vendería a un precio P_m (una cantidad menor para un precio alto e ineficiente), por otra parte, el Estado quien asumiría el papel de regulador preferiría el precio competitivo P_c , el cual al ser muy bajo no cubriría el coste medio de producir el bien o servicio, lo que conllevaría a la quiebra de la empresa. Ante esta situación el regulador debe encontrar como alternativa un precio óptimo, en este caso P_r , que posibilite que la empresa no obtenga un beneficio monopolístico y ofrezca la mayor producción posible sin que quiebre la empresa.

Como se puede evidenciar, muchas de las características del mercado del transporte, previamente mencionadas, encajan con la presencia de estructuras de mercado que favorecen la existencia de un monopolio natural.

A partir de lo mencionado y la experiencia económica en el sector, se ha concluido que la actividad transportadora en especial la de autobuses presenta características que dificultan el funcionamiento pleno de una economía de libre mercado. Esto se debe en parte a la existencia de tres grandes factores, como lo son (I) la inversión en activos de alta especificidad como la tecnología, (II) las externalidades negativas que se pueden generar y (III) las consideraciones de equidad que se desprende de este servicio, lo que ha exigido una regulación que los comprenda:

(I) La alta especificidad que exige la inversión en tecnología en primer lugar, suele configurarse como una barrera para la entrada en el mercado y su vez en la concurrencia de un número bajo de competidores, y, en segundo lugar, no se garantiza que la inversión realizada sea asumida enteramente por la demanda y el pago realizados por los usuarios.

(II) En segundo lugar, respecto a las obligaciones de servicio público, el transporte urbano colectivo de pasajero al comprometer los derechos de aquellos, cuyas condiciones socioeconómicas condicionan su posibilidad de acceder a este servicio, ha sido objeto de una regulación que garantice un pago asequible vía tarifas o el diseño de rutas que cubran zonas urbanas de baja rentabilidad.

(III) Por último, en cuanto a las externalidades negativas, un asunto ya abarcado, cabe mencionarse que la regulación procura el cumplimiento de estándares técnico mecánicos con la finalidad de lograr el menor grado de contaminación ambiental o accidentalidad, así mismo incentivar la demanda de este modo de transporte frente al vehículo particular como una forma de reducir la congestión en el uso de la infraestructura vial.

¹³⁴ Ibidem.

De estos tres factores se desprende por una parte la razón por la que la libre competencia económica en el mercado se ha reconsiderado y ha pasado a abordarse diferencialmente en el mercado del transporte urbano colectivo de pasajeros, a través de la regulación económica, sin embargo, una razón complementaria y aún más relevante para el presente objeto de estudio es la capacidad que tiene la regulación económica para simular los resultados de un mercado en perfecta competencia en escenarios con empresas que tienen poder de mercado y cuyo equilibrio a partir de un mercado competitivo no es socialmente aceptable, en otras palabras, cuando nos encontramos ante un monopolio natural.

En este caso y respecto a lo previamente abordado un monopolio natural como el que se configura en el transporte urbano colectivo de pasajeros se caracteriza por la generación de más eficiencias para los agentes económicos al permitirse la operación de una sola empresa debido a las características tecnológicas y operativas para la producción del servicio que permiten costes medios de producción continuamente decrecientes al aumentar la producción.

La sola operación de una sola empresa no es garantía para el aprovechamiento de las características económicas de un monopolio natural, es necesaria una regulación que permita potenciar sus características positivas y controlar las negativas, la más evidente el abuso de la posición dominante que ejercería sobre sus usuarios, a través de precios del servicio (vía tarifas) por encima del precio competitivo y más relevante aún al tratarse de un servicio público, por encima de los costos sociales deseados.

Es por esto que buscando evitar el abuso de posición dominante, a través del mayor precio de tarifas, se ha optado por regularlas con el objetivo no solo de garantizar el criterio de accesibilidad a los servicios públicos esenciales, también de garantizar una mayor calidad e innovación en la prestación del servicio de transporte.

En la actualidad la regulación de tarifas en el transporte público puede ser realizada mediante dos mecanismos según De Rus, Campos y Nombela¹³⁵: (i) la imposición de límites sobre la tasa de rentabilidad de una empresa y (ii) la fijación de precios máximos, es decir, límites sobre los precios cobrados a los usuarios. Debido a consideraciones de espacio se describirá única y brevemente el segundo de estos mecanismos, el cual ha resultado aplicado en el actual control tarifario a los operadores del servicio público de transporte urbano colectivo de pasajeros, mediante el Decreto 2660 de 1998 y la Resolución 4350 de 1998 emitidos por el Ministerio de Transporte.

¹³⁵ De Rus, G.; Campos J. y Nombela G. Economía del transporte. En Barcelona: Antoni Bosch Editor. 2003.

La regulación tarifaria, para De Rus, Campos y Nombela¹³⁶, mediante el mecanismo de límites sobre la rentabilidad busca definir una tasa de rentabilidad máxima para el operador del servicio a partir del control del beneficio neto obtenido por la empresa en proporción a la inversión en capital efectivamente realizada.

Finalmente, cabe aclarar que no solamente el control tarifario debe ser objeto de regulación, también el control de otras dimensiones necesarias en la prestación del servicio que pueden definir obligaciones, tal es el caso de la calidad del servicio, la seguridad que ofrece tanto a sus pasajeros como a otros actores viales, las condiciones técnico mecánicas necesarias para un transporte responsable ambientalmente o la implementación de medidas que garanticen la accesibilidad de la población en condiciones de discapacidad.

2.1.4. Competencia por el mercado en el otorgamiento de la operación de un monopolio natural. Ya descrita la necesidad de regular monopolios naturales como el servicio público de transporte urbano y colectivo de pasajeros, es necesario complementar la serie de herramientas que se desprenden de la regulación económica con un mecanismo que ha demostrado mejorar su eficiencia como la competencia por el mercado en el otorgamiento de la operación del monopolio natural, entendida esta como “... *la interacción que llevan a cabo los agentes participantes en un mercado a través de un proceso de selección competitivo, para asegurarse el derecho a ser el monopolista en ese mercado*”¹³⁷.

La necesidad de implementar un proceso de competencia por el mercado no surge recientemente, ya autores como Edwin Chadwick¹³⁸ (1859) o Hadley¹³⁹ (1886) se han referido al concepto de competencia por el mercado al afrontar monopolios naturales, caracterizados económicamente de manera previa, especialmente vinculados en la literatura económica a la prestación de servicios públicos.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Tabora Velasquez, O. (S.F.). Competencia por el mercado: caso de estudio: la cuarta generación de autopistas en Colombia. Disponible desde internet en: <https://slidedoc.es/working-paper-competencia-por-el-mercado-caso-de-estudio-la-cuarta-generacion-de-autopistas-en-colombia-pdf>. Con acceso el 25-10-2017. p.1. Hace referencia a Mougeot, M y Naegelen, F. 2005. Designing a Market Structure When Firms Compete for the Right to Serve the Market. Journal of Industrial Economics. Vol 53. N°3. Disponible desde internet en: https://econpapers.repec.org/article/blaiindex/v_3a53_3ay_3a2005_3ai_3a3_3ap_3a393-416.htm. Con acceso el 25-10-2017.

¹³⁸ CHADWICK, Edwin. 1859. Results of different principles of legislation and administration in Europe: of Competition for the field, as compared with competition within the field, of service. Journal of statistical society of London. Vol 22 N° 3.

¹³⁹ Hadley, A. 1886. Private monopolies and public rights. Quarterly journal of economics. Vol 1 N° 1.

Como se mencionó previamente, cada modo de transporte, tanto por sus singularidades técnicas y logísticas, posee una estructura de mercado particular. En el caso del servicio público de transporte urbano y colectivo de pasajeros y ante el modelo que proponen los Sistemas Estratégicos de Transporte Público (SETP) se ha preferido en nuestro país optar por la operación del servicio, a través de una sola compañía o estructura empresarial, ya que de la libre competencia en el mercado se han desprendido problemas de coordinación en la utilización de infraestructura o una competencia entre operadores considerada destructiva, tal como se describirá posteriormente.

El otorgamiento de la operación de este tipo de servicio al monopolista se suele realizar a través de la asignación de un contrato de concesión, previa utilización de un mecanismo de subasta que permite garantizar la competencia por acceder al mercado como único operador. Para De Rus, Campos y Nombela¹⁴⁰ lo anterior con la intención de obtener la mejor propuesta de operación del servicio por parte de aquellas empresas en competencia que pujarán por acceder al contrato y a su vez, garantizar la operación eficiente del servicio en caso de presentarse un fenómeno de selección adversa, a partir de la amenaza de la renovación periódica del contrato con un proveedor más eficiente.

2.1.5. La subasta como un instrumento económico en la competencia por el mercado. El mencionado otorgamiento de contratos de concesión, a través del uso de subastas tiene como objetivo realizar la elección de la oferta más beneficiosa haciendo uso de incentivos destinados a que los proponentes revelen la condición real de sus propuestas, evitando así los conocidos efectos negativos que se desprenden de la posesión de información completa de las propuestas por parte de los oferentes y la falta de ella por parte del Estado (teorías de la asimetría de la información y la selección adversa).

Esta situación es más apremiante aun si se considera que los resultados de la elección que se realice determinarán el servicio que ofrezca el operador privado en calidad de monopolista, la mayor proximidad posible entre la tarifa y los costos reales de provisión de los servicios, lo que a su vez determinará el cumplimiento de sus obligaciones como servicio público esencial, entre ellas, garantizar las mayores de condiciones de accesibilidad al servicio.

Para remediar esta falla del mercado en las subastas, gracias a los aportes de Vickrey¹⁴¹ y según Sanz¹⁴² se ha optado por diseñar un escenario artificialmente

¹⁴⁰ De Rus, G.; Campos J. y Nombela G. Economía del transporte. En Barcelona: Antoni Bosch Editor. 2003.

¹⁴¹ Vickrey, W. 1961. Counterspeculation, auctions, and competitive sealed tenders. Journal of Finance, No. 16 (1), p-p 8-37. Disponible desde internet en: <http://libeccio.di.unisa.it/SocialNetworkAlgo/reading/Vickrey61.pdf>. Con acceso el 25-10-2017.

competitivo en el que se realiza el otorgamiento de un servicio por el que los distintos interesados compiten entre ellos realizando ofertas denominadas “pujas”, las sucesivas pujas determinarán con mayor precisión las ofertas a las que se está dispuesto a realizar efectivamente el competidor una vez se obtenga la operación y a su vez quien será el adjudicatario del servicio.

Ahora, el concepto general de subasta se ha traducido desde la antigüedad hasta nuestros días en distintas clases de subastas dependiendo de los incentivos implementados en ellas, es así como resultará útil al abordar posteriormente el diseño de subasta que utilizan las actuales modalidades de selección de contratista en Colombia el hacer graficas las diferencia entre los siguientes modelos de subasta más conocidos en la literatura económica:

Subasta inglesa o ascendente. Según Sanz¹⁴³, en este modelo quien subasta define un precio base para el bien o servicio, el cual es objeto de pujas por parte de los distintos competidores en las cuales se incrementa sucesivamente su precio con el objetivo de obtener una oferta con un precio no superable por los demás competidores, siguiendo la simple lógica de asignar el mencionado bien o servicio a quien más lo valora. Por otra parte, para Taborda¹⁴⁴ en este modelo de subasta al realizarse pujas no limitadas por su número siempre y cuando su precio sea mayor que la anterior simultáneamente los distintos competidores van descubriendo la disposición a ofrecer un precio más o menos alto, ya que se supone que los competidores no realizarán ofertas que superen su capacidad real de pago, ofreciendo precios más bajos a los demás o retirándose.

Subasta holandesa o descendente. Contrario al anterior modelo quien subasta asigna un precio tope y a partir de este se recepcionan ofertas que o bien podrán ser equivalentes a la oferta inicial del subastador o bien equivalentes o superiores al precio mínimo definido para el bien o servicio (precio de reserva), no se permite más de una puja, ganando quien revele primero la disposición a pagar más próxima al precio tope¹⁴⁵.

Subasta en sobre cerrado. Para Taborda¹⁴⁶ en este caso se presentan dos submodelos, la subasta en sobre cerrado a primer precio y la subasta en sobre cerrado a segundo precio. En el primer caso cada competidor realiza su oferta secretamente mediante un sobre, impidiendo que los demás competidores conozcan su propuesta, resultando ganadora aquella propuesta que ofrezca la

¹⁴² Sanz Calvo, D. (2015). Teoría de Juegos y Subastas en Economía y Empresa. Disponible desde internet en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/15833/1/TFG-E-175.pdf>. Con acceso el 25-10-2017.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Taborda Velasquez, O. (S.F.). Competencia por el mercado: caso de estudio: la cuarta generación de autopistas en Colombia. Disponible desde internet en: <https://slidedoc.es/working-paper-competencia-por-el-mercado-caso-de-estudio-la-cuarta-generacion-de-autopistas-en-colombia-pdf>. Con acceso el 25-10-2017.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

mejor propuesta al subastador. Mientras tanto, en la subasta en sobre cerrado a segundo precio, también conocida como “subasta Vickrey”, gana quien haya realizado la mejor propuesta, pero pagando el precio de la segunda mejor propuesta con la finalidad de estimular la valoración no solamente propia, sino la que podrán realizar sus competidores.

A pesar de los importantes efectos positivos que puede generar una subasta adecuadamente diseñada no se puede olvidar que se trata de un instrumento que es insuficiente por sí solo y por ende necesita ser complementado por otros instrumentos económicos, en este sentido autores como Oliver Williamson¹⁴⁷ han sostenido que las subastas deben ser integradas a un adecuado diseño de contratos y a una regulación ex post o regulación del servicio posterior a su adjudicación, ya que los incentivos destinados al oportunismo y a la renegociación se acentúan debido a la configuración de un monopolio bilateral en el que resulta fundamental el poder de negociación de ambas partes.

En este sentido es importante considerar las limitaciones que padecen las subastas y así mismo las herramientas que se han utilizado para complementarlas, en este caso el diseño de contratos eficientes y el desarrollo de una regulación ex post.

En cuanto al diseño de contratos eficientes, siguiendo esta misma orientación Víctor Goldberg¹⁴⁸ y Patrick Bajari¹⁴⁹ consideran que debe realizarse un especial énfasis en el adecuado diseño de las cláusulas de responsabilidad de los contratos de concesión como un instrumento complementario a la subasta, ya que las cláusulas de responsabilidad permiten disciplinar al monopolista durante la ejecución del contrato e incentivarlo a generar un mayor grado de eficiencia.

El anterior planteamiento surge como una respuesta al oportunismo y a la capacidad de renegociación de los contratos que tiene el monopolista (costos de adaptación), comportamiento que se ha demostrado, por el mismo Patrick Bajari y

¹⁴⁷ Ibidem. Hace referencia a Williamson, O. 1976. Franchise Bidding for natural monopolies. The Bell Journal of Economics, No 7 (1), p.-p 73-104. Disponible desde internet en: file:///C:/Users/Juan%20Sebastian/Downloads/4a_Sem_Williamson_Franchise_Bidding.pdf. Con acceso el 25-10-2017.

¹⁴⁸ Ibidem. Hace referencia a Golberg, V. (1977). Competitive bidding and the production of precontract information. The Bell Journal of Economics Vol 8 N°11. Disponible desde internet en: [http://www.edegan.com/pdfs/Goldberg%20\(1977\)%20-%20Competitive%20Bidding%20and%20the%20Production%20of%20Precontract%20Information.pdf](http://www.edegan.com/pdfs/Goldberg%20(1977)%20-%20Competitive%20Bidding%20and%20the%20Production%20of%20Precontract%20Information.pdf). Con acceso el 25-10-2017.

¹⁴⁹ Ibidem. Hace referencia a Bajari, P. (2011). Bidding for incomplete contracts: an empirical analisis of adaptation costs. The American Economic Review, Vol. 104, No. 4 p-p. 1288-1319. Disponible desde internet en: <http://faculty.haas.berkeley.edu/stadelis/incomplete.pdf>. Con acceso el 25-10-2017.

Gregory Lewis¹⁵⁰, se traducirá en mayores sobrecostos y a su vez en mayores costos sociales debido a la selección adversa a la que ha incurrido el subastador.

Respecto al desarrollo de una regulación ex post, ante la realización de una subasta por la operación de un contrato de concesión, se considera necesaria económicamente debido a dos razones descritas por el profesor Daniel Albalade:

- Frente a la perfectibilidad de las subastas y a la inexistencia del contrato completo, es decir, aquel que prevea todas aquellas circunstancias que puedan configurarse futuramente, la regulación permite complementar y hacerles frente a estas situaciones imprevistas, las cuales son motivo de renegociación.
- Ante la existencia de una falla de mercado como la asimetría de información, ya que las empresas conocen siempre mejor la capacidad de su propuesta y posterior operación, la consecuencia necesaria es regular con el objeto de diseñar mecanismos para la revelación de información necesaria para determinar posteriormente la situación de la empresa a la hora de fijar tarifas o niveles de servicio.

2.2 CARACTERIZACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA DEL SISTEMA ESTRATEGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO (SEPT) EN PASTO

2.2.1 La movilidad en América Latina y el Caribe: Altas proyecciones de crecimiento urbano y la necesidad de estrategias contra la desigualdad.

Distintos factores han configurado la movilidad urbana en un continente como América Latina, tanto en las grandes metrópolis como en las ciudades intermedias como Pasto, factores que se asocian a los distintos procesos de urbanización, pero entre los cuales se pueden enumerar a grandes rasgos:

- Las tasas de urbanización, han pasado a representarse en un incremento del 40% de la población que vivía en zonas urbanas en 1950 a 80% de la población en 2014, según estudios del Banco Interamericano de Desarrollo¹⁵¹.
- El acelerado crecimiento de la adquisición de vehículos particulares, especialmente motocicletas, según el Banco Interamericano de Desarrollo¹⁵² este

¹⁵⁰ Ibidem. Hace referencia a Bajari, P y Lewis, G. 2009. Procurement contracting with time incentives: theory and evidence. Quarterly Journal of Economics. , vol. 126, issue 3, 1173-1211. Disponible desde internet en: <http://www.nber.org/papers/w14855.pdf>. Con acceso el 25-10-2017.

¹⁵¹ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2013. Casos de estudio comparativos. Proyectos de Transporte Urbano apoyados por el BID. Recuperado de: https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5986/Documento_de_Enfoque_Casos_de_Estudio_Comparativos_Proyectos_de_Transporte_Urbano_Apoyadas_por_el_.pdf?sequence=2. Con acceso el 12-10-2017.

último representando entre el 10% y el 49% del parque automotor en las ciudades de América Latina y el Caribe con la posibilidad de duplicar su crecimiento a 2030, lo que origina una serie de preocupaciones sobre la seguridad y el medio ambiente 2014.

- Los distintos medios de transporte representan una causa importante al incremento de la contaminación atmosférica con efectos negativos para la salud pública, pasando a traducirse en una preocupación fundamental a la hora de hablar de movilidad.

Los anteriores factores han determinado a su vez el desenvolvimiento del transporte público en América Latina, este es el caso de los acelerados procesos de urbanización, ya que han comprometido la cobertura de este servicio al contribuir comúnmente a la generación de anillos de pobreza en la periferia urbana vía encarecimiento del suelo de los centros de las ciudades, planteando una barrera de acceso a este servicio público debido a las largas distancias que deben ser recorridas por los habitantes de estos sectores y la poca rentabilidad que implica cubrir por los prestadores del servicio de transporte las posibles rutas.

Otro caso a considerar es el de la congestión que generan los distintos vehículos particulares y los mismos vehículos que conforman el transporte público colectivo gracias al fenómeno de la sobreoferta, ya que para el Banco Interamericano de Desarrollo¹⁵³ esto contribuye a que se produzcan mayores tiempos de viaje, mayor accidentalidad, menor rentabilidad para los operadores del transporte público y menores incentivos para reinvertir en los equipos, lo que a su vez redundaría en una mala calidad de la prestación del servicio de transporte público.

Es importante considerar los efectos que tienen en la actualidad los procesos de urbanización en el transporte público colectivo de pasajeros al dimensionar la magnitud de los efectos reales y potenciales que puede tener este último en la movilidad de las ciudades latinoamericanas. Por esta razón resulta de especial relevancia partir de los resultados como los arrojados en el estudio realizado por el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) y el Observatorio de Movilidad Urbana en el 2007 para ofrecer respuestas:

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2016. Evaluación de los efectos de los sistemas de BRT apoyados por el BID en la movilidad y el acceso para los pobres en Cali y Lima. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7519/Documento-de-enfoque-Evaluacion-de-los-efectos-de-los-sistemas-de-BRT-apoyados-por-el-BID-en-la-movilidad-y-el-acceso-para-los-pobres-en-Cali-y-Lima.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Con acceso el 12-10-2017. Hace referencia a Carruthers, R., Dick, M. y Saurkar, A. 2005. Affordability of Public Transport in Developing Countries. Documento del Banco Mundial, Washington, D.C. Recuperado de https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08ca640f0b652dd001470/C21-TP-3_affordability_final.pdf. Con acceso el 12-10-2017.

Una proporción importante de los viajes de pasajeros en las ciudades de América Latina y el Caribe se realiza a través del transporte público, a pie o en bicicleta, que en conjunto representan aproximadamente el 70% del total de los diversos modos de transporte en promedio –con un 28% de los viajes realizados en bicicleta o a pie, y el 43% en el transporte colectivo en promedio¹⁵⁴.

2.2.2 Fallas del servicio de transporte público colectivo de pasajeros en América Latina y el Caribe. Los procesos de urbanización en Latinoamérica no han sido las únicas causas del defectuoso modelo de transporte público colectivo de pasajeros que se tiene en la actualidad, ya que cobra una importancia crucial la concepción misma que se ha desarrollado de este modo transporte público y las distintas facetas que lo comprenden.

Respecto de la operación del transporte público en Latinoamérica, por un lado, la falta de una adecuada concepción, capacidad financiera e institucional del sistema y por el otro, la dispersión de esfuerzos y la informalidad de sus operadores, han conllevado a generar una variada gama de consecuencias negativas tanto para los usuarios como para terceros en este mercado. Para el Banco Interamericano de Desarrollo¹⁵⁵ lo anterior se representa en el ingreso tanto de operadores informales como de distintas empresas operadoras en el marco de la libre competencia en el mercado, de lo que se ha desprendido como consecuencia el fenómeno de la guerra del centavo, sobreoferta, disminución de ingresos por operador, congestión, aumento del tiempo promedio de viaje, disminución de la inversión destinada a mejorar la calidad del servicio y contaminación.

En cuanto a las tarifas del transporte público de autobuses en Latinoamérica, según Vasconcellos y Mendoca¹⁵⁶, estas han sufrido un incremento desmedido,

¹⁵⁴ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2016. Evaluación de los efectos de los sistemas de BRT apoyados por el BID en la movilidad y el acceso para los pobres en Cali y Lima. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7519/Documento-de-enfoque-Evaluacion-de-los-efectos-de-los-sistemas-de-BRT-apoyados-por-el-BID-en-la-movilidad-y-el-acceso-para-los-pobres-en-Cali-y-Lima.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Con acceso el 12-10-2017. Hace referencia a BANCO DE DESARROLLO PARA AMÉRICA LATINA. (2009). Servicios locales, infraestructura y transporte: Dimensión, escala, redes e instituciones de gobernanza. Disponible desde internet en: <https://www.caf.com/media/3864/200904BelVERSIONFINAL.pdf>. Con acceso el 2-11-2017.

¹⁵⁵ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2013. Casos de estudio comparativos. Proyectos de Transporte Urbano apoyados por el BID. Recuperado de: https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5986/Documento_de_Enfoque_Casos_de_Estudio_Comparativos_Proyectos_de_Transporte_Urbano_Apoyadas_por_el_.pdf?sequence=2. Con acceso el 12-10-2017. Hace referencia a Organización Mundial de la Salud. (2009). Informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito. Recuperado de http://www.who.int/violence_injury_prevention/publications/road_traffic/world_report/summary_es.pdf?ua=1. Con acceso el 12-10-2017.

¹⁵⁶ Vasconcellos, E. y Mendonça A. 2016. Observatorio de Movilidad Urbana: Informe 2015-2016. Recuperado de <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/981>. Con acceso el 18-10-2017.

incluso que las ha llevado a sobrepasar en algunos casos los aumentos de los salarios mínimos de la región.

La situación mencionada se deriva de una ineficiente asignación de costos y beneficios en la operación del transporte público, lo que a su turno redundaría en mayor inequidad y exclusión en una región que de por sí se caracteriza por sus altas tasas de desigualdad, tal como lo describieron Lucy Winchester y Raquel Szalachman ante la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe:

[...] De hecho, las poblaciones de bajos ingresos a menudo cargan con el mayor peso en relación con las externalidades negativas del transporte en las ciudades, incluido el mayor tiempo de viaje y la mayor exposición a la contaminación y al riesgo de accidentes de tránsito. La falta de acceso a transporte asequible y eficiente genera exclusión social e impide la accesibilidad al empleo y la educación, los servicios de salud y los mercados para los grupos de bajos ingresos¹⁵⁷.

Las problemáticas generadas por los esquemas de transporte público colectivo de pasajeros han llevado a que distintos países asuman la implementación de Sistemas Integrados de Transporte Público (SITP) o Sistemas Estratégicos de Transporte Público (SETP), los cuales se caracterizan por la prestación del servicio de transporte por parte de una única estructura empresarial, un sistema de tarifario integrado y la optimización de las redes de infraestructura vial existentes.

Lo anterior ha llevado a que el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) invierta en la financiación de este tipo de sistemas en distintos países de Latinoamérica, entre ellos Colombia:

En consonancia con esta tendencia, el apoyo del BID a proyectos de BRT, así como otros medios de transporte urbano en América Latina y el Caribe ha crecido rápidamente en los últimos años: el volumen anual de financiamiento para el sector de transporte urbano aumentó un 36% de 2005 a 2012 y totalizó más del 20% de la cartera de financiamiento para el sector de transporte. Los sistemas de BRT

¹⁵⁷ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2013. Casos de estudio comparativos. Proyectos de Transporte Urbano apoyados por el BID. Recuperado de: https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5986/Documento_de_Enfoque_Casos_de_Estudio_Comparativos_Proyectos_de_Transporte_Urbano_Apoyadas_por_el_.pdf?sequence=2. Con acceso el 12-10-2017. Hace referencia a Winchester, L y Szalachman, R. (S.F.). "The Urban Poor's Vulnerability to the Impacts of Climate Change in Latin America and the Caribbean: A Policy Agenda". Recuperado de <http://siteresources.worldbank.org/INTURBANDEVELOPMENT/Resources/336387-1342044185050/8756911-1342044630817/V2Chap28.pdf>. Con acceso el 12-10-2017.

representaron alrededor de la mitad de todos los proyectos de transporte masivo del BID¹⁵⁸.

2.2.3 El transporte público colectivo de pasajeros en la ciudad de Pasto como representación de las graves fallas de los sistemas de transporte urbano en Colombia. Producto del abandono estatal y la inexistencia de un dinámico desarrollo industrial en Pasto, para Rosero¹⁵⁹ no es hasta los años 40 del siglo XX que empezó a desarrollarse una clara preocupación por la ausencia de un servicio público de transporte urbano de buses en la ciudad respecto de las demás ciudades capitales del país y por ende el estudio para su implementación, ya que el crecimiento tanto urbanístico como demográfico así lo ameritaba.

Finalmente, según lo descrito por Rosero¹⁶⁰, este proyecto nace a la luz como una empresa administrada por la Alcaldía de Pasto, a través de un gerente y una Junta Administrativa, cuya operación inició el 29 de octubre de 1949 mediante tres rutas que lograban abarcar una importante área de la ciudad, sin embargo esta operación demostró ser insuficiente a medida que creció la demanda por este servicio representando una importante fuente de recursos para el municipio junto a otros servicios públicos como el de energía eléctrica o el de agua potable y alcantarillado.

Sin embargo, el monopolio de la operación del servicio terminó con la autorización de la prestación conjunta del servicio a particulares por parte de la Alcaldía vía decreto, proceso en el que resultaron conformándose las empresas Microbuses de Nariño y Autobuses del Sur, hecho que afectó gravemente a la entonces Empresa Municipal de Buses debido a una competencia que generó una disminución de la demanda de su servicio y a su vez una disminución de ingresos, la resistencia al incremento de tarifas y la falta de reinversión en la misma empresa, siendo estos factores los que desencadenaron la crisis y el posterior final de la Empresa Municipal de Buses a principios de los años sesenta¹⁶¹.

¹⁵⁸ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2016. Evaluación de los efectos de los sistemas de BRT apoyados por el BID en la movilidad y el acceso para los pobres en Cali y Lima. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7519/Documento-de-enfoque-Evaluacion-de-los-efectos-de-los-sistemas-de-BRT-apoyados-por-el-BID-en-la-movilidad-y-el-acceso-para-los-pobres-en-Cali-y-Lima.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Con acceso el 12-10-2017. p. 1.

¹⁵⁹ Rosero Ortega, L. 2003. Historia del transporte nacional y sus nexos con el regional, particularmente con el transporte urbano de buses en la ciudad de Pasto entre 1948 a 1965. Recuperado de <http://biblioteca.udenar.edu.co:8085/bibliotecavirtual/viewer.aspx?&var=10876>. Con acceso el 25-10-2017.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem.

Posteriormente, como es mencionado por Rosero¹⁶², ya en la década de los sesenta ante la mayor demanda, la falta de cobertura de la oferta de este servicio público y el constante incremento de las tarifas fijado por el Gobierno Nacional se presentó un crecimiento de las empresas prestadoras que permitió una redistribución de rutas y a su vez una mayor cobertura.

Sin embargo, en las siguientes décadas el sistema de transporte pasó a reestructurarse y a ser integrado por el Gobierno local, los dueños de los buses, las firmas afiliadoras (intermediarias) y los conductores de los buses (Arcos Tiuso, et al, 2011).

El desarrollo de un sistema como el mencionado ha derivado hasta la actualidad en graves fallas de mercado, especialmente por la configuración de incentivos perversos que se materializaron en la capacidad de generar por parte de las firmas afiliadoras (las cuales no son verdaderas empresas de transporte, básicamente explotan las rutas y horarios que le son autorizados y posteriormente las otorgan a los dueños de los buses, obteniendo una mayor rentabilidad económica entre más autorizaciones se realicen) una sobreoferta de buses con el ingreso al mercado de una gran cantidad de operadores y en la adjudicación de altos costos para los dueños y conductores de los buses, quienes en últimas afrontaban los verdaderos costos de operación del servicio en medio de la escasa rentabilidad por bus que generaba la sobreoferta.

De lo anterior se desprendió el conocido fenómeno de la “guerra del centavo”, entendida como aquella competencia destructiva entre operadores de buses y sus conductores por la captación de pasajeros a toda costa, ya que los ingresos por bus eran muy bajos debido al alto número de empresas de buses competidoras el diseño del sistema de transporte incentivó a asumir conductas riesgosas como la conducción a alta velocidad y transbordos intempestivos, todo esto sin límites claros por parte de una institucionalidad débil y una regulación ineficiente, tal como lo concluye un estudio de la Universidad de los Andes:

Además, la entrada de buses se sobrepasó, debido a la imposibilidad de regulación de los precios en el mercado. La competencia vía precios no se constituye en un mecanismo efectivo para garantizar la cantidad óptima de buses en el mercado, y las firmas transportadoras pueden establecer precios por encima de los niveles de eficiencia, dando incentivos a los diferentes agentes a la entrada de un excesivo número de vehículos¹⁶³.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Arcos Tiuso, et al. (2011). Evaluación económica del proyecto ‘Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros para la Ciudad de Pasto. Documentos CEDE No. 51, p.-p 1-28. Recuperado de https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/dcede2011-27.pdf. Con acceso el 16-11-2017. pp. 4-5.

2.2.4. Los problemas estructurales que debe afrontar el Sistema Estratégico de Transporte Público en Pasto. Considerando los problemas estructurales del transporte público en el país, caracterizados por ser similares a los mencionados en América Latina y el Caribe, así como los problemas derivados de que se desprenden en cada ciudad, el Gobierno Nacional adelantó una serie de programas de apoyo técnico y financiero a ciudades intermedias. Una de estas ciudades intermedias es la ciudad de Pasto, la cual, como se mencionó previamente hasta los años 60's disfrutó de un transporte público colectivo operado por una empresa pública, sin embargo, debido a las ineficiencias generadas por una concepción deficiente del mercado y el servicio (debido a la falta de experticia y a su novedad para la época), así como la competencia en el mercado con las distintas empresas privadas que ingresaron simultáneamente al mercado permitieron que la operación pública pasara a ser reemplazada por la operación privada.

Adicionalmente el sistema de transporte al reestructurarse con una conformación tanto por el Gobierno local, los dueños de los buses, las firmas afiliadoras (intermediarias) y los conductores de los buses propició durante un largo periodo las fallas de mercado ya descritas en el resto de ciudades de Latinoamérica como de Colombia: Sobreoferta de buses, disminución de ingresos por bus, guerra del centavo, congestión, incremento en los tiempos de viaje, altas tarifas, altas tasas de accidentalidad y contaminación.

La mencionada tendencia al deterioro de los servicios públicos de transporte urbano se deriva de lo que se ha diagnosticado como causas estructurales, estas se han desprendido, por una parte, de las deficiencias institucionales que presentan en la actualidad las entidades territoriales al momento de desarrollar la descentralización, específicamente de servicios públicos como el transporte y, por otra parte, de una inadecuada definición de las relaciones entre agentes públicos y privados, a través de la regulación actual¹⁶⁴.

Respecto de las deficiencias institucionales, para el CONPES¹⁶⁵ estas agrupan problemas que se asocian a la distribución descoordinada de funciones en las entidades públicas tanto de orden nacional como territorial y la deficiente capacidad financiera para llevar a cabo las mismas.

En cuanto a las deficiencias regulatorias para esta misma entidad¹⁶⁶, en primer lugar, han permitido que exista una marcada concentración en un aspecto del mercado como la tarifa, sin embargo la regulación de la misma ha resultado ineficiente a la hora de fijarla, ya que al comprender unas determinadas variables que garanticen sufragar la estructura de costos en la que incurren los operadores

¹⁶⁴ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. 2002. Documento Conpes 3167. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/191.pdf>. Con acceso el 18-11-2017.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Ibidem.

del transporte ha existido en la práctica un notable desequilibrio de la información que poseen las partes para definir el valor económico de las mismas, incurriendo en una suerte de buena fe, concediendo claras ventajas al operador privado en los procesos de negociación.

En segundo lugar, para el CONPES¹⁶⁷ la regulación del vínculo entre el sector público y el sector privado, a través de autorizaciones de operación, no ha resultado un mecanismo eficiente para la asignación de responsabilidades y riesgos para las partes, configurando estímulos que inducen a la empresa a concentrar esfuerzos en actividades diferentes a la operación. Por lo tanto, es fundamental retomar las lecciones y la evidencia internacional sobre el transporte público de buses cuando este es operado por la participación privada, ya que se ha demostrado la necesidad de conjugar el mejoramiento de técnicas de regulación y la competencia periódica por el mercado en lugar de definir autorizaciones indefinidas para la operación.

El anterior planteamiento se puede evidenciar en lo descrito en el Documento Conpes 3167 de 2002 al plantear la utilidad que puede aportar la competencia por el mercado en los mecanismos de asignación de la operación del transporte público de buses urbanos de pasajeros:

Estimula la obtención de tarifas ajustadas a las necesidades de transporte superando la asimetría de información a través de la selección de la mejor oferta; b) permite ascensión tecnológica y ajuste de tarifas en cada nuevo proceso; y c) facilita el acceso al mercado de nuevas empresas¹⁶⁸.

2.2.5 La propuesta del Sistema Estratégico de Transporte Público y la reformulación de la relación entre el sector público y privado. Las mencionadas deficiencias de los sistemas de transporte en el país se configuran como la situación que debe afrontar el nuevo Sistema Estratégico de Transporte Público aprobado por el Gobierno Nacional y acordado con la Administración Municipal de Pasto, el cual plantea un proceso de implantación en dos fases, de forma que se atiendan las necesidades inmediatas tanto de reordenamiento del servicio, como de desarrollo de la infraestructura planeada en la ciudad.

Contemplando los problemas estructurales del transporte público el Gobierno Nacional adelantó una serie de programas de apoyo técnico y financiero, cuyas finalidades fueron las de racionalizar los sistemas de administración de tráfico, maximizar la utilización de la infraestructura existente, vincular capital y eficiencia de inversionistas privados y minimizar los costos de expansión vial.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Ibidem. p.16.

Estos programas se encuentran contenidos a partir del Plan Nacional de Desarrollo, 2006 – 2010 (ley 1151 de 2007), denominado “Estado comunitario: desarrollo para todos”, el cual estableció el programa de “Ciudades Amables”. Las estrategias para hacer efectiva la política de movilidad de este Plan de Desarrollo tuvieron carácter diferenciado que consideró el factor demográfico como variable principal y única. Es así como el CONPES¹⁶⁹ distinguió entre un primer grupo de ciudades con una población menor a 250.000 habitantes, un segundo grupo de ciudades con una población entre los 250.000 a 500.000 habitantes y un tercer grupo de ciudades con más de 500.000 habitantes.

Para las ciudades con una población entre los 250.000 a 500.000 habitantes, denominadas ciudades intermedias, definió la implementación de Sistemas Estratégicos de Transporte Público – SETP, los cuales tienen en común cuatro características fundamentales:

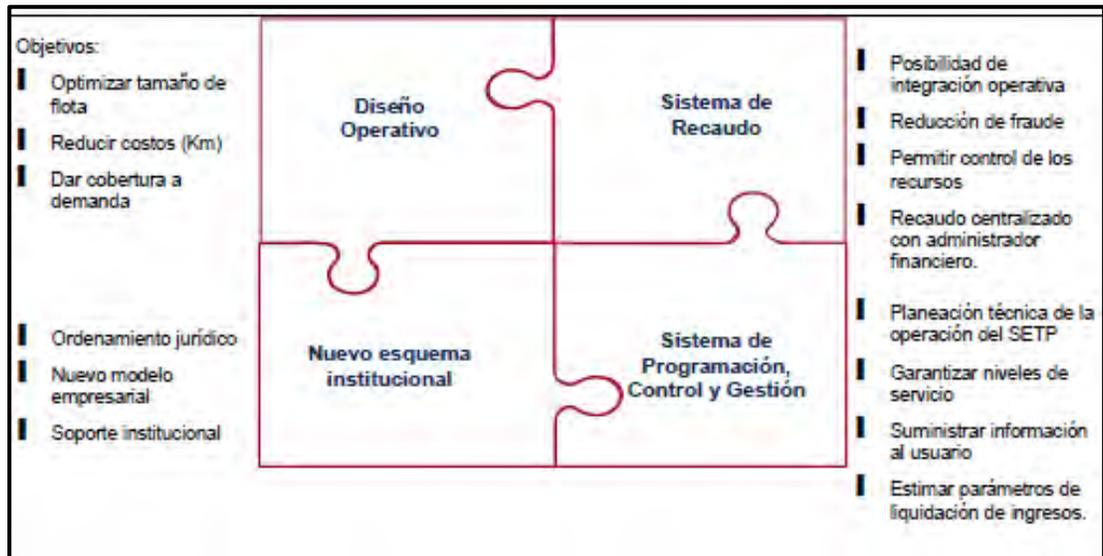
- Diseño operativo que incluye aquellos elementos que permiten obtener una optimización del tamaño de la flota, la reducción de los costos de operación y dar cobertura a la demanda de transporte.
- Sistema de recaudo que incluye aquellos elementos que permiten la integración operativa de pasajeros, reducir el fraude en el sistema, controlar los recursos generados por la prestación del servicio y que estos recursos se administren mediante un control administrativo financiero.
- Nuevo esquema institucional que incluye aquellos elementos que permiten tener un ordenamiento jurídico claro, que promuevan un nuevo modelo empresarial y que de soporte institucional necesario para el desarrollo del sistema.
- Sistema de programación, control y gestión, que incluye aquellos elementos que permiten adelantar una planeación técnica de la operación, garantizar los niveles de servicio, suministrar información al usuario y estimar parámetros que permitan remunerar a los actores que prestan el servicio”¹⁷⁰.

Con el ánimo de garantizar una descripción más gráfica del SETP como concepto se trae como alusión la siguiente figura, la cual ilustra la configuración de los principios que lo soportan:

¹⁶⁹ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. 2008. Documento Conpes 3549. Recuperado de: <file:///C:/Users/Juan%20Sebastian/Downloads/conpes%20setp%20pasto%203549%20noviembre2008.pdf>. Con acceso el 18-11-2017.

¹⁷⁰ UNIÓN TEMPORAL STEER DAVIES GLEAVE – AKIRIS. 2009. Diseño conceptual del sistema estratégico de transporte público de Villavicencio. Recuperado de https://villavicencio.wikispaces.com/file/view/SETPC31-03-2010_17-50-00.pdf. Con acceso el 20-11-2017.

Gráfico 4. Ilustración de los principios de los sistemas estratégicos de transporte público.



Fuente. Retomado de Unión Temporal Steer Davies Gleave – AKIRIS. *Diseño conceptual del sistema estratégico de transporte público de Villavicencio.*

Como lo describe el CONPES¹⁷¹, bajo este sistema se redefinen las facultades de las entidades públicas territoriales del sector, las cuales deben fomentar la participación privada en la prestación del servicio, en primer lugar, a través de su función de control y regulación del transporte. Y, en segundo lugar, a través del diseño e implementación de procesos de competencia por el mercado, según esta institución¹⁷² se busca que los inversionistas privados interesados en prestar ese servicio accedan al mercado por plazos limitados ofreciendo las mejores condiciones posibles.

La implementación del SETP en las distintas ciudades del país estará en cabeza de sus Alcaldías, así como la coordinación de la relación entre el sector público y privado con el objeto de llevar a cabo las siguientes actividades:

- Construcción y mantenimiento de la obra civil, en donde se recomienda que se empleen procesos de contratación similares a los que actualmente utiliza la administración municipal.

¹⁷¹ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. 2008. Documento Conpes 3549. Recuperado de: <file:///C:/Users/Juan%20Sebastian/Downloads/conpes%20setp%20pasto%203549%20noviembre2008.pdf>. Con acceso el 18-11-2017.

¹⁷² CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. 2002. Documento Conpes 3167. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/191.pdf>. Con acceso el 18-11-2017.

- Operación de la red principal de rutas, en donde se recomienda que las empresas legalmente constituidas sigan operando las rutas, aunque deban realizar ajustes organizacionales y operativos para garantizar el nivel de servicio esperado para el SETP y se integren a la operación de los sistemas de soporte (recaudo y gestión de flota).
- Administración y gestión del tránsito, en donde se recomienda que el gobierno municipal siga a la cabeza de esas actividades haciendo uso de las facilidades que se espera generar a partir de la inversión en el sistema de recaudo, el sistema de gestión de flota y el sistema de gestión del tránsito. La estructuración detallada de estos tres sistemas se encuentra en estudios de consultoría especializada desarrollada con anterioridad por el DNP¹⁷³.

Mientras tanto, a partir de una directriz fijada a nivel nacional, a través de los Decretos 3422 de 2009 y 1079 de 2015, por medio de los cuales se reglamentan los Sistemas Estratégicos de Transporte en el país, la operación de rutas del SETP se realizaría por la asociación de las distintas empresas de transporte legalmente constituidas y habilitadas hasta el momento en una sola estructura empresarial. Esta unidad empresarial se representó en la ciudad de Pasto, a través de la conformación de la Unión Temporal Ciudad Sorpresa para que esta misma sea la única operadora del servicio de transporte público colectivo.

Sujeto a lo anterior, para el CONPES¹⁷⁴ es un trabajo conjunto eliminar la sobreoferta de buses en las distintas ciudades (con el objeto de garantizar un recaudo eficiente por bus), elaborando los estudios respectivos que determinen el volumen óptimo de la flota de buses que debe operar el SETP y de acuerdo con las edades de los vehículos programar y realizar una salida de operación definitiva de los buses que se haya definido en los mencionados estudios.

Por lo anterior, se plantea que para lograr los objetivos del SETP las empresas de transporte actuales deben cumplir con unas obligaciones que se desprenden tanto de la regulación del transporte público urbano de pasajeros como de los acuerdos al interior de las nuevas estructuras empresariales que se conformarán, obligaciones que a grandes rasgos pueden enumerarse como las siguientes:

- Logren un acuerdo base que permita que se agrupen en un solo actor que sirva de interlocutor con el sector público en función de las obligaciones emanadas de los contratos del sistema de recaudo y del sistema de gestión de flota.

¹⁷³ UNIÓN TEMPORAL STEER DAVIES GLEAVE – AKIRIS. 2009. Diseño conceptual del sistema estratégico de transporte público de Villavicencio. Recuperado de https://villavicencio.wikispaces.com/file/view/SETPC31-03-2010_17-50-00.pdf. Con acceso el 20-11-2017. p. 35.

¹⁷⁴ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. 2002. Documento Conpes 3167. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/191.pdf>. Con acceso el 18-11-2017.

- Hagan las inversiones necesarias en transformación de la flota existente o compra de nueva flota para ofrecer el nivel de servicio del SETP.
- Hagan las inversiones necesarias para cuando sea necesario modificar sus esquemas empresariales, de mantenimiento y operación de la flota que permitan alcanzar los estándares de servicio esperados para el SETP.
- Mantengan su existencia como empresas de transporte público independientes pero que actúen de manera unificada con respecto a la programación y planificación de la operación de los vehículos, el recaudo del producto del servicio y el control de la operación.
- Logren acuerdos al interior del grupo empresarial para el reparto del recaudo del servicio de transporte público¹⁷⁵.

2.2.6. La implementación del Sistema Estratégico de Transporte Público en la ciudad de Pasto. Partiendo de la anterior precisión, el SETP hizo parte integral del plan de movilidad de la ciudad de Pasto. Adicionalmente, el proyecto se encuentra incorporado en el Plan de Desarrollo Municipal de la ciudad de Pasto 2008 – 2011 “Queremos más – podemos más” (Acuerdo Municipal 007 de 2008) como parte de las estrategias de espacio público, ordenamiento territorial y movilidad. Medida que ha continuado realizándose, a través de los siguientes dos planes de desarrollo de la ciudad.

En cuanto al costo estimado del SETP en la ciudad de Pasto, este es de \$ 452.731 millones de pesos colombianos de 2008, de los cuales \$286.330 millones de pesos de 2008 son inversión pública destinada a cubrir costos de intervención vial, compra de predios, sistema de gestión de flota, sistema semafórico, estaciones y terminales. Los referidos \$ 286.330 millones de pesos fueron obtenidos, a través de un servicio de deuda, cuyo acuerdo de financiación fue suscrito entre el Gobierno Nacional y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), los cuales se acordó serían asumidos por la Nación en un monto máximo de \$ 200.364 de pesos de 2008 millones y por el Municipio de Pasto en un monto de \$ 85.966 millones de pesos de 2008.

Una precisión fundamental es que los costos por encima del presupuesto global no son asumidos conjuntamente con la Nación, por lo tanto, los costos adicionales o los sobrecostos deben ser asumidos por el municipio de Pasto.

El mejoramiento del servicio de transporte público colectivo de pasajeros que propone el SETP en Pasto, implica una clara asignación de funciones, por lo tanto, la adquisición, operación, el mantenimiento y la dotación de los equipos, correrá a cargo del sector privado, mientras la obligación del sector público será la

¹⁷⁵ UNIÓN TEMPORAL STEER DAVIES GLEAVE – AKIRIS. 2009. Diseño conceptual del sistema estratégico de transporte público de Villavicencio. Recuperado de https://villavicencio.wikispaces.com/file/view/SETPC31-03-2010_17-50-00.pdf. Con acceso el 20-11-2017. p. 36.

regulación, planificación y control del servicio, así como la inversión y reestructuración de la infraestructura vial.

Las funciones mencionadas implicaron para el sector público la obligación de crear de Unidades Administrativas Especiales en las distintas ciudades intermedias con la intención de que se encargaran de implementar, gestionar, intervenir, controlar y regular el SETP y de esta manera asegurar su eficiencia y calidad. En la ciudad de Pasto esto se materializó con la creación de la Unidad Administrativa Especial de SETP- AVANTE, comúnmente denominada como Avante, a través del Acuerdo 008 de 2010 del Concejo Municipal de Pasto.

Adicionalmente, la implementación del SETP implica desde su concepción misma la suma de cuatro nuevas funciones adicionales al servicio de transporte:

- Sistema de recaudo centralizado.
- Sistema de gestión y control de flota.
- Administrador financiero.
- Asistente tecnológico.

Los costos que implican la operación de la flota de buses y las ya mencionadas nuevas funciones del SETP serán financiados por la tarifa de bus, tal como lo describe el Documento Conpes 3549 de 2008:

Los costos de operación del sistema se pagarán con la tarifa. Estos costos comprenden gastos de funcionamiento de operadores, recaudador, administración fiduciaria, y gastos operativos. Así mismo, se hace necesario que el municipio asegure las fuentes para el mantenimiento futuro de la infraestructura, así como de la operación y mantenimiento del sistema semafórico. De la misma manera, podrá afectarse dicha tarifa con el valor del mantenimiento de los equipos de recaudo¹⁷⁶.

En cuanto a la reestructuración empresarial que implicó el SETP para las empresas que prestaban el servicio de transporte, cabe precisar que anteriormente los distintos buses de la flota conformaban cada uno de ellos una “empresa independiente”, con su propio sistema de mantenimiento, control, operación y forma de prestar el servicio. Sin embargo, no es hasta la implementación del SETP que se buscó la unificación de una sola estructura empresarial que en la actualidad se representa en la Unión Temporal Ciudad Sorpresa con el objeto del cumplimiento de rutas previamente definidas, a través de un plan operativo, la homologación de equipos y el respeto por las tarifas autorizadas por el Ministerio de Transporte.

¹⁷⁶ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. 2008. Documento Conpes 3549. Recuperado de: <file:///C:/Users/Juan%20Sebastian/Downloads/conpes%20setp%20pasto%203549%20noviembre2008.pdf>. Con acceso el 18-11-2017. p. 26.

Siguiendo la directriz fijada a nivel nacional, a través de los Decretos 3422 de 2009 y 1079 de 2015, se emitió por parte de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Pasto la Resolución 0965 de 2015 mediante la cual se revocaron los anteriores permisos de operación otorgados a la Empresa Transportadora Autobuses del Sur SAS, a la Cooperativa Americana de Transportadores Ltda. "COOAMETRAN LTDA", a la Cooperativa de Transportadores Urbanos Ciudad de Pasto Ltda. "COOTRANUR LTDA" y a Transportes Ejecutivos SAS "TESA".

Posteriormente, las aludidas empresas aceptaron formalmente la reorganización del servicio público de transporte colectivo de pasajeros y mediante la Resolución 0966 de 2015 emitida por la Secretaría de Tránsito y Transporte se les otorgó el permiso de operación de la red jerarquizada de rutas del SETP y una nueva función como la de operar el sistema de recaudo, ambas durante un término de 15 años, previa constitución de una unión temporal.

Como lo describió Arcos Tiuso¹⁷⁷, con el SETP se espera que la flota pase de 496 vehículos a gradualmente ser de 351 vehículos con una edad promedio de 15 años con las siguientes características:

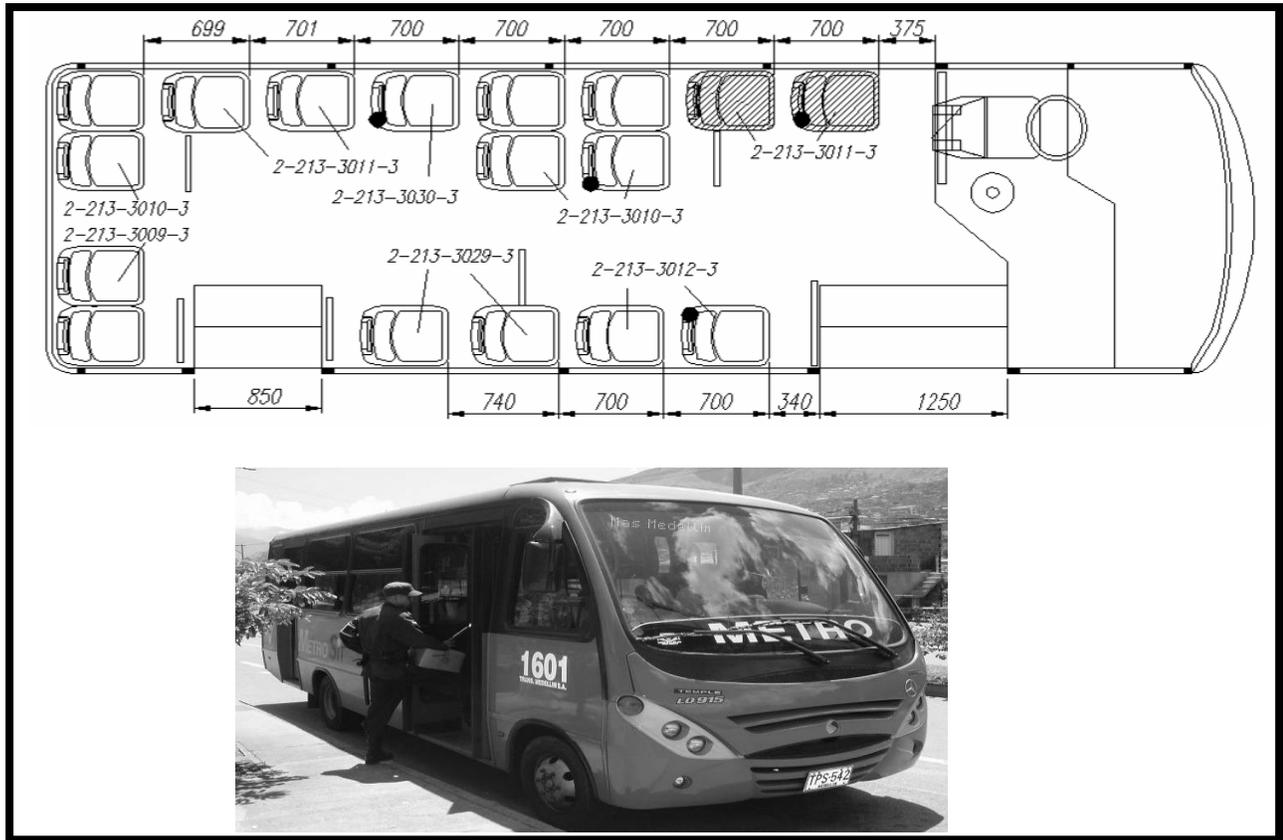
- Porcentaje de buses (Edad promedio 15 años): 44%
- Porcentaje de busetas (Edad promedio 5 años): 56%

Por el momento, la capacidad del transporte público colectivo que se mantiene vigente hasta la fecha es la que se determinó mediante el Decreto Municipal No. 0104 de 2004, es decir, una flota de 503 vehículos.

En cuanto a la tipología de vehículos disponibles recomendada para el Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasto fue la de los "busetones", cuyas características son similares a las que se muestran en la siguiente gráfica:

¹⁷⁷ Arcos Tiuso, et al. (2011). Evaluación económica del proyecto 'Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros para la Ciudad de Pasto. Documentos CEDE No. 51, p.-p 1-28. Recuperado de https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/dcede2011-27.pdf. Con acceso el 16-11-2017.

Gráfico 5. Ilustración de la tipología de vehículos recomendados para el Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasto.



Fuente. Retomado de la gráfica 2 de Arcos Tiuso, et al. *Evaluación económica del proyecto 'Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros para la Ciudad de Pasto.*

La tipología de vehículos que se requieren, según el Decreto 0562 de 2015 emitido por la Alcaldía de Pasto, deben contar con una capacidad máxima de hasta 50 pasajeros (con 30 a 32 asientos para pasajeros y 2 asientos preferenciales), tecnologías de baja contaminación, dispositivos de comunicación, control de gestión e ingreso para el recaudo electrónico, el sistema de control de flota y dos puertas amplias al lado derecho para ágiles maniobras de embarque y desembarque de pasajeros.

2.2.7. Las fases de ejecución del Sistema Estratégico de Transporte Público en Pasto. La ejecución del SETP fue planeada para realizarse en dos fases con la intención de atender a su vez dos niveles de demanda diferentes en el tiempo:

- “Siete rutas en la primera fase y una adicional en la segunda fase, para completar ocho rutas estratégicas que operarán por los ejes principales de la ciudad, sobre carriles mixtos con buses de mediana capacidad.
- Dieciséis rutas complementarias en la primera fase, disminuyendo en dos rutas en la segunda para contar finalmente con catorce rutas complementarias, que servirán la demanda no atendida por las rutas estratégicas dentro del área de influencia del SETP”¹⁷⁸.

Inicialmente, la puesta en marcha del SETP de ambas fases consideró unos términos temporales que no se han llegado a cumplir a cabalidad como resultado de la imprevisión de factores especialmente financieros como un recaudo inferior al volumen de usuarios esperados por la atracción del mejoramiento del mismo sistema (se esperaba que para el año 2011 el sistema atendiera una demanda de 164.488 viajes de transporte público al día, la cual sería creciente con el paso del tiempo) y circunstanciales como el auge de la operación informal del mototaxismo, sin embargo, las actividades que implica la implementación del SETP en ambas fases se mantienen como se describe a continuación:

Estas fases se basan en los tiempos necesarios para la entrada en operación de las rutas estratégicas. Se inicia con una fase pre-operativa, con los actuales equipos y sin ningún tipo de integración. La fase I comienza con la puesta en marcha de las rutas estratégicas, una vez los equipos de recaudo se seleccionen y los equipos de control de gestión de flota se liciten y se instalen, lo que se esperaba estuvieran listo para el primer semestre de 2010. La fase II se pondrá en marcha a comienzo del 2012, cuando el sistema se consolide y tome la demanda final de la fase operativa del mismo¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Arcos Tiuso, et al. (2011). Evaluación económica del proyecto ‘Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros para la Ciudad de Pasto. Documentos CEDE No. 51, p.-p 1-28. Recuperado de https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/dcede2011-27.pdf. Con acceso el 16-11-2017. p. 5.

¹⁷⁹ Ibidem. pp. 5-6.

3. EL CASO DE LA REGULACIÓN DE LOS OPERADORES DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO (SETP) DE LA CIUDAD DE PASTO Y EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA POR EL MERCADO DURANTE LOS AÑOS 2009 A 2016.

3.1. EL RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA EN EL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS EN COLOMBIA

3.1.1. Los modelos de prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros. En concordancia con lo previsto en la Constitución Política en sus artículos 333, 334 y 365 los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, los particulares o ambos en condiciones de igualdad y libre competencia, la elección de una de estas opciones dependerá de la regulación que se defina sectorialmente. A pesar de estas disposiciones los modelos de prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros han sido regulados de manera vaga e imprecisa como se pasará a analizar en el transcurso de este capítulo, sin embargo, es posible determinar y caracterizar a grandes rasgos los dos modelos actualmente vigentes: (i) el modelo de libre competencia entre particulares como regla general y (ii) el modelo de prestación directa por parte del Estado como un escenario excepcional.

3.1.1.1. El modelo de libre competencia entre particulares prestadores del servicio público colectivo de pasajeros. Haciendo alusión a lo mencionado previamente en el primer capítulo de este trabajo académico el ingreso de actores privados en la prestación de servicios públicos no fue la excepción en la prestación del servicio público de transporte, lo que exigió a su vez mecanismos jurídicos que no afectaran la prestación eficiente, así como su control y vigilancia por parte del Estado. Es así como ya, desde las referidas leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 se exige:

- Una habilitación, según los artículos 11 a 15 de la Ley 336 de 1996, se trata de un acto administrativo por medio del cual se autoriza a una empresa a prestar el servicio público de transporte y para cuyo otorgamiento se toman en cuenta, fundamentalmente, aspectos subjetivos del empresario, tales como la capacidad administrativa, financiera y técnica.
- Adicional a la habilitación, según el numeral 7, artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y los artículos 16 a 21 de la Ley 336 de 1996 se debe emitir un acto administrativo denominado permiso de operación o suscribir un contrato de concesión, los cuales se orientan a los requerimientos objetivos del servicio exigidos por la regulación que se realice del modo de transporte en

específico y se ceñirán a las condiciones fácticas que condicionan el acceso al mercado, tales como la capacidad de las rutas.

Las disposiciones normativas referidas al permiso de operación y al contrato de concesión como instrumentos jurídicos dispuestos para el otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo tienen como objeto garantizar entre distintos fines la selección objetiva de la oferta de operación de transporte público que ofrezca mejores condiciones a los usuarios. Es por este motivo que resulta fundamental para desarrollar el objeto de este trabajo el análisis de ambas figuras.

3.1.1.1.1. Operación del servicio a través de contrato de concesión. En cuanto al primer instrumento para el otorgamiento de la operación del transporte público colectivo de pasajeros, el contrato de concesión, según la normatividad vigente (especialmente el artículo 32 de la Ley 80 de 1993), es definido como una institución jurídica por medio de la cual se otorga a un particular la operación, prestación, gestión o explotación de un servicio, en este caso el servicio público de transporte, cuya titularidad le pertenece al Estado por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad pública concedente, a cambio de una remuneración, en este caso tarifaria.

El contrato de concesión también se encuentra sometido por los principios de la contratación estatal, dispuestos en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, de los cuales es importante resaltar el principio de transparencia, selección objetiva del contratista, economía, responsabilidad, libertad de concurrencia, igualdad de oportunidades y equilibrio financiero, entre otros.

Adicionalmente, la normatividad del transporte público colectivo (Ley 336 de 1996, artículo 21) exige al Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Transporte, regular adicionalmente a lo que establece el Estatuto General de Contratación los contratos de concesión y el respectivo procedimiento de selección de contratista mediante licitación pública con el objetivo de incorporar criterios que garanticen la libre competencia y eviten el monopolio.

3.1.1.1.2. Operación del servicio a través de permiso de operación. En cuanto a este instrumento para el otorgamiento del permiso de operación del transporte público colectivo de pasajeros la Ley 336 de 1996 se encarga de regularla en sus artículos 18, 19 y 21 como una autorización administrativa que, como lo ha analizado la Corte Constitucional¹⁸⁰, no configura derechos adquiridos, sino derechos y obligaciones temporales de operación sujetos a las condiciones que se derivan del marco legal y reglamentario.

¹⁸⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (5 de diciembre de 2002). Sentencia C- 1078. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

En línea directa con lo anteriormente mencionado, se propone retomar el análisis realizado por parte de la Corte Constitucional a la naturaleza del permiso de operación del transporte público como acto administrativo, especialmente si se considera que su regulación carece de una regulación generosa:

[...] el derecho otorgado es precario y temporal y, por tanto, puede resultar afectado en cuanto a su ejecución, o bien por determinaciones de la Administración dirigidas a la optimización del servicio, o bien por normas posteriores de carácter legal o reglamentario, también dictadas por motivos de utilidad pública o de interés general. Al respecto, el tratadista Roberto Dromi en su obra “Derecho Administrativo” señala que la autorización o permiso “importa una concesión de alcance restringido, ya que otorga derechos de menor intensidad y mayor precariedad; más que otorgar un derecho, tolera un uso...”. Con respecto a la precariedad del derecho sostiene que éste se funda “... en que el permiso sólo constituye una tolerancia de la Administración, que actúa en estos casos dentro de la esfera de su poder discrecional, sin que sea posible que el acto administrativo logre estabilidad¹⁸¹.”

Respecto del otorgamiento de este permiso, el artículo 19 de la Ley 336 de 1996 dispuso que se debe realizar mediante un concurso en el que se garanticen la libre concurrencia y la iniciativa privada, según lo determine la reglamentación que expida al Gobierno Nacional.

3.1.1.1.3. Los instrumentos jurídicos para el otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo y el derecho a la libre competencia por el mercado. Ya sea el caso de la licitación pública o el concurso por el otorgamiento del permiso de operación, ha sido palpable, a través de la revisión de las figuras del contrato de concesión y el permiso de operación, la configuración de una función pública para las autoridades de transporte: el diseño de mecanismos que garanticen la competencia por el mercado del servicio público de transporte colectivo de pasajeros.

La Superintendencia de Industria y Comercio¹⁸² ha anotado que no es la única manera de respetar la libre competencia en la prestación de servicios públicos el asumir una conducta de competencia “en el mercado”, también lo puede ser la competencia “por el mercado”. En el presente caso de estudio la anterior consideración tiene asidero en el régimen jurídico del transporte, ya que permite que se desarrolle la libre competencia “por el mercado” en aquellos casos en que la respectiva autoridad de transporte debe determinar qué operador prestará este servicio, a través de la disposición o bien del contrato de concesión o bien del permiso de operación como mecanismos de selección objetiva del operador con

¹⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (25 de febrero de 1998). Sentencia C-043. [M.P. Vladimiro Naranjo].

¹⁸² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 21 de abril de 2014. Resolución No. 25036.

el objetivo de obtener la mejor oferta de operación para el usuario, a través de la competencia de propuestas. La competencia por el mercado se erige como la regla general en este servicio público.

Por lo tanto, es fundamental no solamente evitar las prácticas restrictivas de aquellos agentes que desean obtener la operación de este servicio, también es necesario evitar, a través de la regulación la configuración de barreras de entrada que dificulten el ejercicio la competencia “por” la prestación del servicio de transporte público colectivo.

3.1.1.1.4. El derecho a la libre competencia en el mercado del servicio público de transporte colectivo de pasajeros. Frente a este punto debe partirse de la claridad de que la libre competencia en el mercado hace referencia a la libre competencia ya no a la etapa de selección del operador del servicio público de transporte, sino a la libre competencia entre agentes en medio de la prestación del servicio público. La libre competencia “en el mercado” coexiste con la libre competencia “por el mercado”, claro está, dependiendo del marco legal y reglamentario.

Es así como del artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y los artículos 17, 19 y 21 de la Ley 336 de 1993 se concluye la facultad de condicionar la adjudicación de contratos de concesión o los permisos de operación a la capacidad de garantizar la competencia y evitar el monopolio en la operación, todo esto dependiendo de la demanda efectiva.

3.1.1.2. El modelo de prestación directa del servicio público de transporte colectivo de pasajeros por parte del Estado. Como se mencionó previamente, la regla general en el servicio público de transporte colectivo de pasajeros se encuentra en la coexistencia tanto de la libre competencia “en el mercado” como en la libre competencia “por el mercado”.

Sin embargo, la Ley 105 de 1993 estableció someramente en su artículo 3, numeral 2, la facultad excepcional de que el Estado, a través de las entidades nacionales, territoriales, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado puedan prestar el servicio público de transporte, solamente cuando: (i) no existan particulares que deseen prestar el servicio; o (ii) se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios, en otras palabras, cuando la libre competencia no fuese posible. Lo anterior, no obsta para que se exija a las entidades públicas las mismas condiciones y regulaciones de los particulares en la prestación de este servicio.

3.1.2. La aplicación de excepciones al régimen de libre competencia en el servicio público de transporte colectivo de pasajeros en Colombia. Como ha sido descrito previamente, según lo establecido en disposiciones de orden constitucional y legal el servicio público de transporte colectivo de pasajeros puede ser prestado por dos modelos de prestación del servicio, el primero representado por los particulares en condiciones de igualdad y libre competencia o por el segundo, representado por el Estado si excepcionalmente se configuran las circunstancias previstas en el artículo 3 de la Ley 105 de 1993.

Sin embargo, es necesario abordar una opción contemplada en el régimen de competencia colombiano aplicable a los servicios de interés general para la economía, entre ellos el servicio público de transporte colectivo de pasajeros: La excepción al régimen de libre competencia contemplado en el parágrafo único del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Como ya fue analizado en el primer capítulo de este trabajo, el sistema constitucional ha demostrado lograr modelar el desarrollo de nuestro régimen de competencia acogiendo tanto el proteccionismo como la libertad de mercado, a través de un análisis sistemático, el cual integra la dimensión económica de la Constitución a su sistema de principios y reglas, lo que permite aplicar en un caso concreto la “doble instrumentalidad del derecho en la economía” (Correa, 2008). Esto ha llevado a combinar regímenes de competencia más flexibles ante el mercado, por ejemplo, a través de la definición de distintas excepciones a su aplicación, que son combinados con la protección y promoción de la competencia.

El mejor ejemplo de lo referido es el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, interpretada como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia (heredera de los aportes del derecho de la competencia en los Estados Unidos y en la Unión Europea), la cual prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir la competencia. Este clausula restringe tres tipos de actos: (i) los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros; (ii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y (iii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a determinar o mantener precios inequitativos.

No obstante, este mismo artículo, desarrollando los preceptos mencionados exceptúa en su parágrafo único a aquellos servicios de interés general para la economía de la siguiente manera:

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la

estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general (Ley 155 de 1959, artículo 1).

Por lo señalado, es fundamental determinar con certeza cuales son los sectores, cuyos servicios se consideran de interés general para la economía y a su vez determinar en qué sectores es susceptible aplicar esta figura. Es así como surge el Decreto 1302 de 1964, el cual delimita la aplicación de esta figura, a través de su artículo 1, determinando lo siguiente:

Artículo 1. Para los efectos del párrafo del artículo 1º de la ley 155 de 1959, considérense sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:

- a. El proceso de producción y distribución de bienes, destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana;
- b. La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros¹⁸³. (Subrayado por fuera del original).

Al respecto, tanto el Decreto 1302 de 1964 como la Circular Única 010 de 2001 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio definen el procedimiento a seguir al momento de evaluar la aprobación de esta excepción al régimen de competencia. Es de especial interés para el presente caso de estudio lo definido en la Circular Única 010 de 2001 respecto de los casos en que no podrá solicitarse este tipo de autorización, siendo estos los siguientes:

1.5. Casos en los que no podrá solicitarse autorización para acuerdos o convenios que limiten la libre competencia.

En ningún caso podrá solicitarse autorización para acuerdos o convenios en proceso o ejecución, ni podrá versar respecto de conductas que sean objeto de investigación, que hayan sido sancionadas o respecto de las cuales haya existido orden de terminación o compromiso de modificación¹⁸⁴.

¹⁸³ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (1 de junio de 1964). Por el cual se reglamenta la Ley 155 de 1959, en armonía con los Decretos 1653 de 1960 y 3307 de 1963. Decreto 1302 de 1964. DO: 31922.

¹⁸⁴ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 19 de julio de 2001. "Por la cual se reúnen en un solo cuerpo normativo todas las reglamentaciones e instrucciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio que se encuentran vigentes". Circular Externa 010 de 2001. DO: 44511.

En cuanto al procedimiento a seguir para la aplicación de esta excepción se debe partir de que la única entidad facultada para autorizarla es la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo dispuesto en el artículo 1, numeral 8 del Decreto 4886 de 2011, el cual establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1. FUNCIONES GENERALES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

[...]

8. Autorizar, en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el artículo 5 de la Ley 1340 de 2009 o demás normas que la modifiquen o adicionen.¹⁸⁵ (Subrayado por fuera del texto original).

En consecuencia, no es posible argüir que la autorización otorgada por una entidad pública distinta a la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de un acto administrativo, cumple el principio de legalidad, ya que no sería la entidad competente. Sin embargo, esta facultad ha sido desarrollada en muy pocas ocasiones por parte de la misma Superintendencia, a través de la adopción de decisiones como las siguientes:

- En el año 1995 a partir de una queja la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo la posibilidad de desarrollar una investigación preliminar contra el “Convenio Marco para la Absorción y el suministro de la producción de Aceite de Palma Africana” debido a la supuesta fijación artificial de los precios del aceite de palma. En esta primera ocasión mediante auto del 2 de junio de 1995 se estableció que el mencionado convenio se encontraba cobijado por el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 debido a los fines que el mismo cumplía para el desarrollo y la promoción del mercado y por tal motivo se archivó el expediente, autorizando este convenio. Posteriormente el Consejo de Estado¹⁸⁶, dentro del trámite de una subsecuente acción de nulidad y restablecimiento del derecho confirmó la legalidad del auto. Tanto en el auto de la Superintendencia como en el fallo del Consejo de Estado se evidencia la omisión en el análisis del procedimiento a seguir para aprobar este tipo de

¹⁸⁵ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (23 de diciembre de 2011). Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Decreto 4886 de 2011. DO: 48294.

¹⁸⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. (20 de febrero de 1997). Expediente número: 3488. [CP Alberto Polo Figueroa].

excepciones, análisis que adicionalmente no fue argumentado por ninguna de las partes dentro del proceso.

- En el año 2012 el Ministerio de Vivienda solicitó a la Superintendencia autorizar un acuerdo que se esperaba suscribir entre los integrantes del sector de producción y comercialización de cemento, hierro e insumos, cuyo objeto fue vender sus productos a los desarrolladores de proyectos de vivienda de interés social. Es de resaltar que a pesar de tratarse de una iniciativa de un Ministerio y a su vez tener como objetivo el garantizar el acceso a la vivienda de población vulnerable, el propio Ministerio respetó las disposiciones normativas mencionadas y solicitó autorización previa a la Superintendencia para celebrar el referido acuerdo. Finalmente, este acuerdo solo se celebró una vez lo autorizó la Superintendencia mediante la Resolución 35696 de 2012¹⁸⁷.
- Finalmente, en el año 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁸⁸ sancionó a través de la Resolución No. 25036 a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P. (EAB), a la Unidad Administrativa Especial De Servicios Públicos (UAESP) y a la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. (Aguas de Bogotá), por implementar barreras contra la libre competencia en el marco de la creación, implementación y puesta en marcha del aquel entonces esquema de recolección de basuras de Bogotá. En este caso las entidades distritales mencionadas no acataron la normatividad referente a la autorización de excepciones a la libre competencia realizadas por la Superintendencia, ya que a diferencia del caso del “Convenio Marco para la Absorción y el suministro de la producción de Aceite de Palma Africana” si se exigió una revisión del cumplimiento de los procedimientos para solicitar esta la aplicación de esta figura, es decir, ya no se abordó a la excepción como una prerrogativa que operaba de pleno derecho, sino como un tratamiento normativo rogado ante la respectiva entidad competente.

Para concluir este punto, se hace notorio que la autorización de la excepción al régimen de libre competencia contemplado en el parágrafo único del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 es aplicable al servicio público de transporte colectivo de pasajeros siempre y cuando se acate el procedimiento definido tanto en el Decreto 1302 de 1964 como en la Circular Externa 010 de 2011 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio. En consecuencia, el siguiente punto a desarrollar debe ser el análisis del comportamiento del servicio público de transporte colectivo de pasajeros en la ciudad de Pasto frente a los procedimientos definidos por la normatividad analizada.

¹⁸⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 4 de junio de 2012. Resolución No. 35696.

¹⁸⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 21 de abril de 2014. Resolución No. 25036.

3.2. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LOS OPERADORES DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO (SETP) DE LA CIUDAD DE PASTO DURANTE LOS AÑOS 2009 A 2016

3.2.1. El servicio público de transporte colectivo de pasajeros en la ciudad de Pasto.

3.2.1.1. El mercado relevante. Como se mencionó previamente en el segundo capítulo de este trabajo el sistema de transporte en la ciudad de Pasto antes de la implementación del SETP era integrado por el Gobierno local, los dueños de los buses, las firmas afiliadoras (intermediarias) y los conductores de los buses. El servicio de transporte ofrecido por los operadores en aquel entonces tenía una composición sencilla, pobremente tecnificada, ya que componentes como el recaudo, la administración financiera, la gestión y control de la flota se desarrollaban en la mayor informalidad, simplificando el mercado en una sola actividad general: la gestión y control de la flota.

Sin embargo, el SETP plantea unos componentes claramente diferenciados con unas particularidades económicas y técnicas, tales como un sistema de recaudo centralizado, un sistema de gestión y control de flota, una administración financiera y la operación de un asistente tecnológico. Todos estos componentes resumen la estructura de la operación del servicio de transporte colectivo de pasajeros con el SETP, es decir, hablamos de la creación de un nuevo mercado, a través de su reestructuración con los Decretos 3422 de 2009 y 1079 de 2015.

A su vez, para comprender el mercado relevante se deben retomar tanto los conceptos de la economía del transporte como el análisis de los sistemas estratégicos de transporte público del segundo capítulo. Como se mencionó, la actividad transportadora, a través de autobuses presenta características que dificultan el funcionamiento pleno de una economía de libre mercado que pueden ser sintetizar en tres grandes factores, como lo son (I) la inversión en activos de alta especificidad como la tecnología, (II) las externalidades negativas que se pueden generar y (III) las consideraciones de equidad que se desprende de este servicio, lo que puede derivar en la configuración de un monopolio natural y en la necesidad de utilizar instrumentos económicos como la regulación con el objetivo de simular los resultados de un mercado en perfecta competencia en escenarios con empresas que tienen poder de mercado.

Por su parte los SETP fueron formulados a partir de estas mismas premisas, asumiendo que la reestructuración del mercado acentuaría la configuración de los factores que estructuran un monopolio natural y por ende proponiendo la operación de una única estructura empresarial, la reestructuración del mercado a través de los componentes que lo conforman y el establecimiento de un sistema de tarifario integrado.

3.2.1.2. La oferta antes de la implementación del Sistema Estratégico de Transporte Público. En el mercado de la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros en Pasto, hasta el 27 de agosto de 2015, participaron cuatro empresas como operadoras del 100% del servicio en toda la ciudad, las cuales se relacionan en el siguiente cuadro:

Cuadro 2. Prestadores del servicio público de transporte colectivo de pasajeros en Pasto autorizados hasta el 27 de agosto de 2015.

PRESTADOR
1. Empresa Transportadora Autobuses del Sur S.A.S.
2. Cooperativa Americana de Transportadores Ltda.
3. Cooperativa de Transportadores Urbanos de la Ciudad de Pasto Ltda.
4. Transportes Ejecutivos S.A.S.

Fuente: Manuel Martínez Rivera. *La regulación del operador del Sistema Estratégico de Transporte Público (SETP) en la ciudad de Pasto y la libre competencia económica por el mercado durante los años 2009 a 2016.*

Hasta el 27 de agosto de 2015 el esquema bajo el cual se operaba era el de la libre competencia en el mercado, ya que previamente se realizaba otorgamiento de rutas que no podían ser consideradas como asignaciones exclusivas y no existía una prestación directa del servicio por parte del Estado, a través de la Alcaldía de Pasto, la Gobernación de Nariño o el Gobierno Nacional. Sin embargo, estos cuatro operadores obtuvieron la operación de este servicio, a través de la modalidad de permisos de operación (un ejemplo de ellos es la Resolución 1736 de 2009), actos administrativos que no demuestran haber sido conferidos, previo proceso competitivo de otorgamiento, particularmente contrario a lo definido por las leyes 105 y 336 ambas de 1993, obviando la función de garantizar la libre competencia por el mercado.

Siendo esta la situación descrita hasta el 27 de agosto de 2015 cualquier nuevo prestador interesado en participar de este mercado se vería condicionado por dos limitantes:

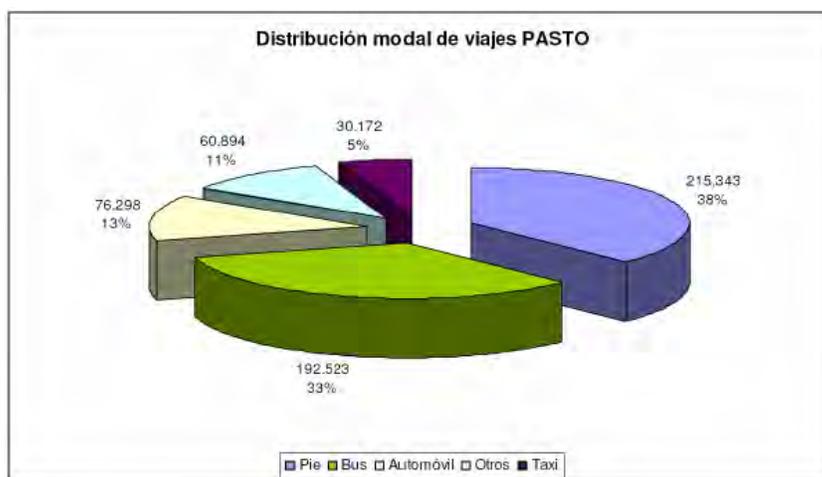
1. Por las condiciones de movilidad que exigirían o no un nuevo participante en el mercado de la prestación de este servicio público. Situación enteramente legítima, cuyo sustento legal puede ser ubicado en las leyes 105 y 336 de 1993 y como se mencionó económicamente necesaria para no generar una mayor sobreoferta.

2. Por el otorgamiento de un acto administrativo como el permiso de operación sin el respectivo proceso de competencia que exigen las leyes 105 y 336 de 1993. Situación enteramente ilegítima, lanzando por la borda lo dispuesto legalmente bajo el amparo de la discrecionalidad y configurando una considerable probabilidad de enfrentar una situación de selección adversa.

Por otra parte, ante la situación descrita otra situación a considerar es la de la competencia en el mercado, ya que los prestadores se ciñen a una libre competencia mediada por la asignación de rutas.

3.2.1.3. La demanda antes de la implementación del Sistema Estratégico de Transporte Público. Debido a la que recientemente no se ha realizado un estudio de movilidad que determine con cierta objetividad el número de viajes y las condiciones socioeconómicas de los usuarios que se transportan, a través del servicio público de transporte colectivo, se pasará a retomar los estudios más recientes, aquellos estudios elaborados en 2005 por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia en el “Estudio Complementario para la Caracterización de la Movilidad del Municipio de Pasto” y utilizados en el Documento Conpes 3549 de 2008. En este estudio se determinó que la movilidad no motorizada es la que presentaba mayor importancia con una representatividad del 38% del total de los casi 600.000 viajes en Pasto, mientras tanto el 33% de los viajes se realizaban en transporte público colectivo, representando en aquel entonces el segundo modo de transporte más utilizado y el 53% de los viajes motorizados que se realizan en la ciudad.

Gráfico 6. Distribución modal de viajes en Pasto.

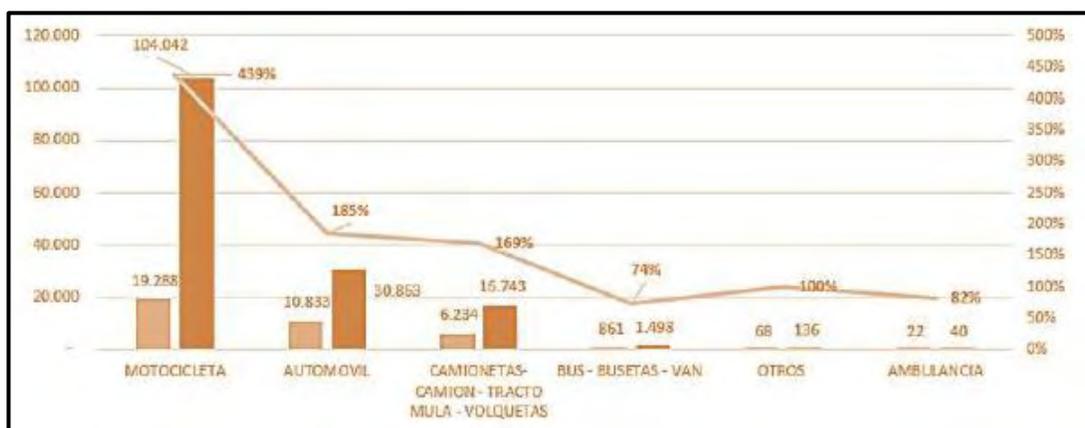


Fuente. Retomado de Colombia. Concejo Municipal de Pasto. *Por el cual se adopta el Plan de Desarrollo del Municipio de Pasto 2016 – 2019 “Pasto Educado Constructor de Paz”*. [Acuerdo 012 de 2016].

A pesar de la idoneidad de los estudios de caracterización de la movilidad en la ciudad de Pasto es altamente probable que estos mismos hayan perdido vigencia, teniendo en cuenta el considerable lapso de 10 años entre su elaboración y la fecha en que fue otorgada la operación del actual Sistema Estratégico de Transporte Público en el año 2015. Sin embargo, es relevante retomar el estudio elaborado por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Pasto a fecha de 2015, ya que nos ofrece la posibilidad de acercarnos no con la idoneidad esperada, pero si con elementos de juicio que arrojan la necesidad de volver a revisar la mirada del sector.

Este estudio, presentado a la Alcaldía y Concejo Municipal de Pasto en el marco del Plan Municipal de Desarrollo 2016-2019 “Pasto Educado Constructor de Paz” arroja cifras preocupantes sobre la movilidad de la ciudad y en ese mismo sentido sobre el mercado del transporte público colectivo de pasajeros. Como puede evidenciarse en la siguiente grafica el volumen de la demanda de este servicio se ve seriamente comprometido ante el exponencial y alarmante incremento de la adquisición de motocicletas como modo de transporte en un 439.4 % entre 2003 a 2015, mientras la población total del municipio se incrementó en 25,3% durante este mismo periodo (Acuerdo No. 012 de 2016, Concejo Municipal de Pasto). Inevitablemente debe existir un consecuente impacto en el consumo del servicio público de transporte colectivo, impacto que no puede ser evaluado adecuadamente con este estudio, ya que únicamente se determina el número de viajes por modo de transporte, pero si plantea el reto tanto para los operadores como para los formuladores de políticas públicas de disuadir a los habitantes de la ciudad a realizar un mayor volumen de viajes con el sistema de buses y a su vez de garantizar la viabilidad económica del sistema de buses.

Gráfico 7. Número de viajes por modo de transporte en Pasto durante el periodo 2003 a 2015.



Fuente. Retomado de Colombia. Concejo Municipal de Pasto. *Por el cual se adopta el Plan de Desarrollo del Municipio de Pasto 2016 – 2019 “Pasto Educado Constructor de Paz”.* [Acuerdo 012 de 2016].

3.2.1.4. La regulación de la operación del Sistema Estratégico de Transporte Público en la ciudad de Pasto y los mecanismos de asignación de su operación. Como se ha mencionado reiteradamente los sistemas estratégicos de transporte público parten de explotar los beneficios que conllevan una estructura de mercado como el monopolio natural, es así como fue comprendido desde un inicio por parte del Consejo Nacional de Política Económica y Social por lo que se retoman las lecciones y la evidencia internacional sobre el sector orientadas a conjugar el mejoramiento de técnicas de regulación y la competencia periódica por el mercado en lugar de otorgar autorizaciones indefinidas para la operación.

Sin embargo, al momento de ejecutar la política trazada por el CONPES el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, optó por establecer que la operación de los sistemas estratégicos de transporte público se otorgaría a una sola estructura empresarial constituida por las empresas de transportadoras previamente constituidas, todo esto a través de la reglamentación nacional que hizo de este mercado en los Decretos 3422 de 2009 y 1079 de 2015, desatendiendo las recomendaciones mencionadas.

En cuanto al Decreto 3422 de 2009, “por el cual se reglamentan los Sistemas Estratégicos de Transporte Públicos (SETP) de conformidad con la Ley 1151 de 2007”, sirviendo de fundamento jurídico para el SETP en la ciudad de Pasto, su artículo 10 se encargó de determinar cómo se reorganizaría la prestación del servicio estableciendo la opción de adjudicar el servicio a las empresas de transporte ya establecidas con permiso de operación, previa reestructuración, sin competencia por la adjudicación del mencionado acto administrativo:

Artículo 10. Reorganización del servicio. La autoridad de transporte competente deberá oficiosamente, sustentado en los respectivos estudios técnicos, reestructurar el servicio, respetando los criterios de equidad y proporcionalidad de las empresas en el mercado.

Parágrafo 1°. La reorganización del servicio implica: suprimir, modificar, recortar, fusionar, empalmar o prolongar las actuales rutas, sin que para ello existan limitaciones de longitud, recorrido y/o nivel de servicio. Así mismo, modificar las frecuencias, horarios y clase, capacidad transportadora y número de vehículos.

Parágrafo 2°. En caso que la implementación del SETP se realice a través del esquema de reorganización del servicio definido en el presente artículo y las empresas transportadoras incumplan los indicadores de calidad de servicio mínimos definidos por la autoridad competente, el permiso de operación se perderá y la autoridad competente procederá a la apertura de la licitación pública correspondiente¹⁸⁹.

¹⁸⁹ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (9 de septiembre de 2009). Por el cual se reglamentan los Sistemas Estratégicos de Transporte Públicos (SETP) de conformidad con la Ley 1151 de 2007. Decreto 3422 de 2009. DO: 47468.

A su vez, en su artículo 11 el Decreto creó un tratamiento diferenciado para aquellos operadores que asumirían la operación del SETP, ya que a diferencia de las empresas transportadoras que ya operaban previo acto administrativo (permiso de operación) y a quienes solo bastaba acatar la reorganización del servicio para ser acreedores de la operación, las empresas habilitadas que desearan participar del mercado a través de contrato de concesión son obligadas a competir por el otorgamiento de la operación, a través de licitación pública:

Artículo 11. Licitación pública. La autoridad de transporte competente que no adopte la reorganización del servicio que trata el artículo anterior, deberá adjudicar el servicio mediante licitación pública cumpliendo las condiciones señaladas en el estatuto general de contratación de la administración pública¹⁹⁰.

Por otra parte, el Decreto 1079 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte”, retoma en sus artículos 2.2.1.2.2.1.2 y 2.2.1.2.2.1.3 exactamente lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del Decreto 3422 de 2009. Adicionalmente, es relevante retomar lo dispuesto más adelante en el artículo 2.2.1.2.2.7., el cual cierra la posibilidad de autorizar el ingreso de más vehículos para la prestación del servicio respecto del volumen óptimo de oferta, reforzando la posición adquirida por las empresas transportadoras que obtuviesen la mencionada operación:

Artículo 2.2.1.2.2.7. Adopción del Sistema Estratégico de Transporte Público.

[...]

A partir de la expedición del acto administrativo de adopción del se debe suspender el ingreso de vehículos de transporte público colectivo por incremento, en las ciudades donde se implementarán los así mismo, las autoridades de transporte competentes deberán congelar la capacidad transportadora de las empresas con base en las tarjetas de operación vigentes expedida a los vehículos vinculados¹⁹¹.

Lo anteriormente expuesto traduce normativamente la recomendación realizada por la Unión Temporal Steer Davies Gleave – AKIRIS¹⁹² en 2009 en el “Diseño Operacional del Sistema Estratégico de Transporte Público (SETP) e Integración del SETP con el Sistema Complementario” que realizó para el Departamento Nacional de Planeación. En esta misma propuesta se planteaban obligaciones a

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. Decreto 1079, 2015. DP: 49523.

¹⁹² UNIÓN TEMPORAL STEER DAVIES GLEAVE – AKIRIS. 2009. Diseño conceptual del sistema estratégico de transporte público de Villavicencio. Recuperado de https://villavicencio.wikispaces.com/file/view/SETPC31-03-2010_17-50-00.pdf. Con acceso el 20-11-2017.

los operadores como las siguientes: (i) lograr un acuerdo que permita que las empresas transportadoras agrupen un solo actor; (ii) actuar de manera unificada respecto de la programación y planificación de la operación de vehículos, el recaudo del producto y el control de la operación; y (iii) lograr acuerdos para el reparto del recaudo de este servicio público.

Con el objetivo de otorgar la operación del SETP la Alcaldía de Pasto, a través de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Pasto inicialmente, previamente emitió el 27 de agosto de 2015 la Resolución 0965 de 2015, mediante la cual se revocaron los anteriores permisos de operación otorgados a la Empresa Transportadora Autobuses del Sur SAS, a la Cooperativa Americana de Transportadores Ltda. "COOAMETRAN LTDA", a la Cooperativa de Transportadores Urbanos Ciudad de Pasto Ltda. "COOTRANUR LTDA" y a Transportes Ejecutivos SAS "TESA".

El mismo día, 27 de agosto de 2015, se radica la aceptación formal de la reorganización del servicio por parte de las empresas transportadoras y posteriormente ante lo definido en los decretos 3422 de 2009 y 1079 de 2015 la Alcaldía de Pasto, a través de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Pasto, optó por elegir el mecanismo del permiso de operación sin el previo diseño de instrumentos de competencia para su asignación, emitiendo la Resolución 0966 de 2015, por la cual se les otorgó el permiso de operación de la red jerarquizada de rutas del SETP a estas empresas y una nueva función como la de operar el sistema de recaudo, ambas durante un término de 15 años de la siguiente manera:

Artículo 1. Objeto. Otorgar el permiso de operación de la red jerarquizada de rutas del Sistema Estratégico de Transporte Público- SETP- a las siguientes empresas legalmente habilitadas: Empresa Transportadora Autobuses del Sur SAS, a la Cooperativa Americana de Transportadores Ltda. "COOAMETRAN LTDA", a la Cooperativa de Transportadores Urbanos Ciudad de Pasto Ltda. "COOTRANUR LTDA" y a Transportes Ejecutivos SAS "TESA".

Artículo 2. Plazo. El permiso otorgado mediante el presente acto administrativo tendrá una duración de quince (15) años prorrogables contados a partir de la notificación del mismo.

Artículo 3. Unión Temporal. Las empresas de transporte anteriormente señaladas deberán constituir una unión temporal para la prestación del Sistema Estratégico de Transporte de la ciudad de Pasto, de conformidad con el mecanismo definido por el estudio realizado por la UT Mobile-Icovías para la estructuración técnica, Legal y Financiera de detalle definitivo del Sistema Estratégico de Pasto.

[...]

Artículo 4. Sistema de Recaudo Centralizado. El permiso de operación otorgado mediante la presente Resolución abarca la responsabilidad de las empresas frente al cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la operación del Sistema de

Recaudo Centralizado del SETP, las cuales serán ejercidas por la Unión Temporal, como Agente Recaudador del Sistema¹⁹³.

Finalmente, la unidad empresarial que se buscaba se materializó, a través de la conformación de la “Unión Temporal Ciudad Sorpresa” para que esta misma sea la única operadora del servicio de transporte público colectivo, situación que aun continua hasta la fecha.

3.2.1.5. La regulación de los mecanismos de asignación de la operación del Sistema Estratégico de Transporte Público en la ciudad de Pasto: Un esquema que infringe el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Como se mencionó previamente, el analizado artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado como una cláusula general en materia de prácticas restrictivas de la competencia y en el presente caso de estudio se considera que el Ministerio del Transporte y la Alcaldía de Pasto, a través de la Secretaría de Tránsito y Transporte, por medio la regulación descrita en el anterior numeral infringieron uno de los tres tipos de conductas contemplados en dicha prohibición, aquella referida a *toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*.

En primer lugar, como se ha venido concluyendo a través de este estudio, los sistemas estratégicos de transporte publico parten de la optimización de aquellos componentes que caracterizan al servicio público de transporte colectivo de pasajeros y en la actualidad pueden considerarse el medio más efectivo para implementar mecanismos que desarrollen los principios de la economía del transporte (tecnología de producción, el tiempo de los usuarios como un factor productivo, no almacenabilidad e indivisibilidad del servicio de transporte, los efectos de red y las externalidades negativas).

Sin embargo, uno de los principios de la economía del transporte termina siendo lesionado al regularse la figura de los SETP: la competencia limitada y necesidad de regulación. Si bien es cierto, según los aportes doctrinales e institucionales lo más adecuado en este mercado es el diseño de un monopolio natural estrictamente regulado que pueda aprovechar más eficientemente la productividad y los rendimientos crecientes que se desprenden de los costos hundidos que exige el sector y a su vez sustituir la competencia “en” el mercado por la competencia “por” el mercado, no se deben obviar las disposiciones normativas referidas a los instrumentos jurídicos dispuestos para el otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo, ya que tienen como objeto el garantizar entre distintos fines la selección objetiva de la oferta de operación de transporte público que ofrezca mejores condiciones a los usuarios.

¹⁹³ COLOMBIA. ALCALDÍA DE PASTO. (27 de agosto de 2015). Por medio de la cual se otorga el permiso de operación del Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasto. Resolución 0966 de 2015.

Como ya fue analizado con anterioridad, no basta con argumentar la idoneidad del monopolio del transporte público colectivo en Pasto para inaplicar lo preceptuado por el ordenamiento jurídico sobre la libre competencia, es necesario acudir a la figura de la excepción contemplada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y seguir los procedimientos fijados tanto en el Decreto 1302 de 1964 como en la Circular Externa 010 de 2011 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Efectivamente, como se mencionó previamente el sector transporte es uno de los sectores económicos susceptibles de ser exceptuados de la obligación de implementar la libre competencia en los respectivos casos que puedan exigirlo, tal como lo dispone el artículo 1 del Decreto 1302 de 1964, sin embargo, esta excepción solamente puede ser implementada previa solicitud ante la Superintendencia de Industria y Comercio, requisito que no se cumplió.

Es decir, ni el Ministerio de Transporte puede argumentar que los actos administrativos emitidos por esta misma entidad regulando los sistemas estratégicos de transporte público configuran las condiciones para la aplicación de la excepción a la libre competencia, ni la Alcaldía de Pasto, a través de su Secretaría de Tránsito y Transporte puede argumentar que las resoluciones emitidas otorgando los respectivos permisos de operación del SETP cumplen las condiciones de la referida excepción por encontrarse facultadas por su propia competencia en materia de este servicio y por los actos administrativos emitidos por el Ministerio de Transporte.

Se reitera, según el numeral 8 del Decreto 4886 de 2011 la Superintendencia de Industria y Comercio es la única entidad competente para autorizar la excepción mencionada que a pesar de limitar la libre competencia tiene como objetivo defender la estabilidad de un sector básico de servicios, procedimiento que no se surtió en momento alguno ni por parte del Ministerio de Transporte ni por la Secretaría de Tránsito y Transporte de la ciudad de Pasto.

Casuísticamente, la Superintendencia de Industria y Comercio ha reafirmado su competencia exclusiva en la autorización de la excepción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, sin embargo, cabe retomar lo decidido en la Resolución No. 25036 sobre el caso del esquema de aseo implementado en Bogotá por el aquel entonces alcalde Gustavo Petro, ya que se trata de un caso similar en el que una entidad pública ignora la obligación del procedimiento respectivo y emite una regulación que implementa barreras artificiales contra la libre competencia, en este caso, en el marco de la creación, implementación y puesta en marcha del aquel entonces esquema de recolección de basuras de Bogotá.

En este caso la Superintendencia sancionó a las entidades distritales involucradas por infringir el régimen de competencia, no porque el esquema de recolección de basuras en sí fuese enteramente contrario a nuestro régimen de competencia, ya que posiblemente hubiese sido amparado a través de la figura de la excepción, sino porque pudiendo haber cumplido el procedimiento de autorización para la

excepción no se surtió lo que implica un análisis de competencia completamente diferente, un análisis pleno en el que la mencionada conducta sería analizada como cualquier otra conducta no excepcionada, cobrando ahora si una importancia suma el análisis de las barreras artificiales plenamente probadas por la Superintendencia en el marco del proceso adelantado y arrojando la necesidad de una sanción como la que efectivamente se impuso.

Ahora bien, en el presente caso, se ha expuesto cómo el Ministerio del Transporte y la Alcaldía de Pasto, a través de su Secretaría de Tránsito y Transporte, ejecutaron prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia en el marco de la regulación del sistema estratégico de transporte público de Pasto, específicamente al regular los mecanismos de otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros. Lo anterior, en la medida en que ambas entidades públicas realizaron conductas tendientes a limitar la competencia al otorgar el control total de la operación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros mediante la regulación del permiso de operación como un acto administrativo cuyo único y exclusivo destinatario serían las empresas habilitadas y operantes, excluyendo a potenciales empresas de transporte habilitadas para el mismo servicio y en la capacidad de ofrecer una propuesta de operación al SETP, todo esto sin cumplir previamente con el procedimiento de autorización de excepciones ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

La anterior conducta desconoce las disposiciones normativas ya estudiadas sobre los modelos de prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros, específicamente el modelo de libre competencia entre particulares prestadores de este servicio que nos dictan las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996. En primera medida la obstrucción del acceso a este mercado surge cuando el Ministerio de Transporte regula los SETP y establece en los Decretos 3422 de 2009 y 1079 de 2015 la posibilidad de otorgar permisos de operación a aquellas empresas habilitadas, ya en operación y previo compromiso a reorganizarse, sin garantizar su otorgamiento mediante concurso en el que se garantice la libre competencia, ignorando lo dispuesto en el artículo 19 de la mencionada Ley 336. En segunda medida, utilizando la anterior opción normativa la Alcaldía, a través de su Secretaría de Tránsito y Transporte prefiere evitar otorgar por contrato de concesión, como único mecanismo consecuente con el régimen de competencia, la operación del servicio público de transporte que ofrece el SETP y asigna el permiso de operación a las empresas de transporte previamente mencionadas sin garantizar su otorgamiento mediante concurso en el que se garantice la libre competencia. Ambas prácticas constituyen una barrera de entrada al mercado, entendiendo a los permisos de operación como mecanismos de otorgamiento de la operación del servicio, siendo esenciales al momento de determinar quién accede al mercado o no.

A criterio personal, como resultado del estudio realizado en el presente trabajo académico es claro que tanto el Ministerio de Transporte como la Alcaldía de

Pasto, a través de su Secretaría de Tránsito y Transporte diseñaron y ejecutaron una estrategia para generar barreras de acceso a la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros, que derivaron en la obstrucción de todo agente que tuviera la intención de participar en la prestación de este servicio público.

Así mismo se expone por qué se diseñó una regulación que tenía por objeto que las empresas de transporte habilitadas y en aquel entonces en operación asumieran exclusivamente el control del 100% de la prestación de este servicio público en Pasto. En consecuencia y en la práctica, con motivo de la conducta desplegada por ambas entidades, ninguna de las empresas de transporte que podría haber estado dispuesta a prestar este servicio bajo el modelo de libre competencia entre particulares prestadores de este servicio según lo dispuesto en las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 pudo entrar en el mercado, ya que de plano al hacer uso de la figura de los permisos de operación según el Decreto 3422 de 2009 estaban excluidas de participar.

De esta forma, a pesar de que según las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 el otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros debe garantizar la competencia “por” el mercado y “en” el mercado el Ministerio de Transporte y la Alcaldía de Pasto diseñaron un esquema con barreras artificiales, a través de una regulación que no respeta ni el régimen de competencia, ni el procedimiento para autorizar la excepción contemplada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

3.3. PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS MECANISMOS DE ASIGNACIÓN DE LA OPERACIÓN DE LOS SISTEMAS ESTRATÉGICOS DE TRANSPORTE PÚBLICO EN COLOMBIA

3.3.1. El permiso de operación en los sistemas estratégicos de transporte público: Selección del operador de un monopolio natural sin reglas claras. Como bien se analizó, los Decretos 3422 de 2009 y 1079 de 2015 configuraron la posibilidad de erigir una barrera artificial al acceso al mercado del servicio público de transporte colectivo de pasajeros bajo la figura de permisos de operación sin previa competencia por el mercado, ignorando lo dispuesto en las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996. Sin embargo, el problema va aún más allá, ya que la figura de los permisos de operación en ambas leyes no contempla un mecanismo preciso, ni parámetros orientadores claros para otorgar previa competencia la prestación del servicio público de transporte, tal como se evidencia en el artículo 19 de la Ley 336 de 1996:

Artículo 19.- El permiso para la prestación del servicio público de transporte se otorgará mediante concurso en el que se garanticen la libre concurrencia y la iniciativa privada sobre creación de nuevas empresas, según lo determine la reglamentación que expida al Gobierno Nacional¹⁹⁴.

Hasta el momento el Gobierno Nacional no ha reglamentado los mecanismos para garantizar la libre concurrencia y la iniciativa privada en estos concursos, ni siquiera ha reglamentado a tales concursos como tal. Esta situación por lo menos, genera incertidumbre que debe ser respondida con la capacidad de las entidades públicas para integrar normativamente no solamente las fuentes de derecho aplicables, también las garantías que exige el marco constitucional, legal y reglamentario. Una tarea bastante exigente para las autoridades de transporte a nivel territorial si se busca cumplir los estándares normativos correspondientes y cuyo ejemplo de transgresión puede ser el presente caso estudiado.

Por el momento, la figura jurídica mejor dotada es la del contrato de concesión, la cual garantiza no solamente la certeza en el uso de herramientas para la definición de mecanismos de selección de operadores del servicio público de transporte colectivo de pasajeros, también para la elección económica y jurídica más garantista de los derechos de los usuarios, tal como se expone someramente a continuación.

3.3.2. Los aportes del contrato de concesión a los sistemas estratégicos de transporte público a la luz de la teoría económica de los contratos incompletos. Partiendo del contrato de concesión como opción plenamente definida por el Estatuto Nacional de Transporte y sus normas reglamentarias como un mecanismo de otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros, se debe plantear cuáles son sus aportes respecto al proceso de selección de los operadores de los SETP.

En primer lugar, es imposible para los contratos, sean públicos o privados, prever todas las vicisitudes relacionadas con el objeto contractual pactado. No existe tal escenario ideal en el que el contrato a suscribir dirima todo hecho futuro, en el que las partes posean información perfecta que les impida caer en la incertidumbre o en que no se configure oportunismo alguno, en otras palabras, no existe contrato que se presuma exento de costos de transacción, entendidos estos como los costos (monetizables o no) que debe asumir un agente económico en una transacción, generalmente vinculada a la transferencia de derechos.

Al referirnos a costos de transacción, según Gorbaneff¹⁹⁵ estos mismos deben ser diferenciados al menos en la teoría de los contratos, como costos de transacción

¹⁹⁴ CONGRESO DE COLOMBIA. (20 de diciembre de 1996). Estatuto General de Transporte. [Ley 336 de 1996]. DO: 30138.

¹⁹⁵ Gorbaneff, Y. 2002. Contratación pública en Colombia y la teoría económica. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/205.pdf>. Con acceso el 25-11-2017.

ex ante y ex post. Mientras los costos ex ante hacen referencia a aquellos costos derivados de la elaboración misma del contrato y la negociación de su contenido entre las partes, los costos ex post se derivan de la renegociación del contrato o su conocimiento a través de un mecanismo de solución de controversias.

En segundo lugar, al partir de antemano de la incompletitud de los contratos es posible concentrarse en las causas de la misma y su vez optimizar el contenido de los contratos que se suscribirán, causas que la teoría económica ha identificado por el momento como las siguientes:

A. La asimetría de información, bajo el supuesto planteado por Stiglitz¹⁹⁶ de que todo agente económico adopta una decisión dependiendo de la información previamente obtenida, hecho que conlleva al aprovechamiento de esta por parte de quienes poseen mayor información para adoptar así una decisión más eficiente respecto de quienes carecen de la misma información, propiciando escenarios de oportunismo en las distintas transacciones. Para comprender este concepto se puede hacer alusión a un problema muy utilizado en la enseñanza del Derecho, especialmente en el derecho de los contratos o negocios jurídicos como lo es la sobrevenida configuración de vicios ocultos en la suscripción de contratos, ya que una de las partes, especialmente el vendedor en aquellos contratos de compraventa, omite información determinante no solamente para la valoración económica del bien, también para la estipulación de derechos y obligaciones en las cláusulas del contrato.

B. La especificidad de activos, ya que la inversión en activos definidos contractualmente para un uso específico puede ser especialmente determinantes únicamente para ese uso en particular, lo que conlleva a que una de las partes obtenga una posición privilegiada sobre la otra. Este concepto, especialmente desarrollado por Oliver Hart¹⁹⁷, reciente ganador del premio nobel de economía, es ampliamente observado en los contratos estatales, ya que a pesar de existir previa competencia por el mercado vía licitación pública, el contratista aprovecha una posición monopólica gracias a la especificidad de activos invertidos y que puede fortalecerse aún más si hablamos de costos hundidos en monopolios naturales tal como se describió previamente en el mercado de servicios públicos como el de transporte colectivo de pasajeros.

C. Los costos de elaboración y negociación del contrato, ya que como se mencionó diseñar un contrato que prevea todas las vicisitudes futuras es imposible debido a los exponenciales costos de transacción en el diseño del

¹⁹⁶ Stiglitz, J. 2002. La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2305220.pdf>. Con acceso el 28-11-2017.

¹⁹⁷ Hart, O. 1990. Property Rights and the Nature of the Firm. The Journal of Political Economy, Vol. 98, No. 6, p-p. 1119-1158. Recuperado de https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3448675/hart_propertyrights.pdf?sequence=2. Con acceso el 27-11-2017

mismo, por lo tanto, según Gorbaneff¹⁹⁸ las partes suelen racionalizar los recursos disponibles y necesarios dependiendo de la complejidad del objeto contractual, ya que son directamente proporcionales los costos de elaboración del contrato a la complejidad del objeto contractual.

D. Los costos de la renegociación, debido a que en línea directa con los costos del diseño y negociación del contrato ex ante surge la posibilidad de la configuración de imprevistos no comprendidos por el contrato por lo que saltará a la mesa la posibilidad de renegociar el contrato, lo que implica la configuración de un costo de transacción ex post. Es así como salta a la vista la necesidad de evaluar los costos de transacción que se desprenden tanto en la elaboración del contrato como en su posterior renegociación, tal como lo proponen Hart¹⁹⁹ y Gorbaneff²⁰⁰, con el objetivo de racionalizar esfuerzos ante un eventual escenario de oportunismo que implicaría una redefinición desventajosa de lo ya pactado en el contrato.

Como lo describe Gorbaneff²⁰¹ una primera posibilidad de respuesta que se desprende al estimar un escenario de renegociación es el de contemplar una inversión mayor al diseñar un contrato que contrarreste el oportunismo sobreviniente de una renegociación, ya que este escenario puede mejorar o disminuir la rentabilidad de la operación para cada una de las partes, es así como nos encontramos ante un disyuntiva sujeta a la siguiente lógica económica: A mayor posibilidad de oportunismo mayor debe ser la inversión realizada en el diseño ex ante de un contrato más completo o ante la imposibilidad de realizar la respectiva mayor inversión permitir que sea el desarrollo del mismo el que defina una eventual renegociación o no, en otras palabras, “esperar a ver a qué pasa”. Esta lógica puede ser expuesta a través de la siguiente gráfica:

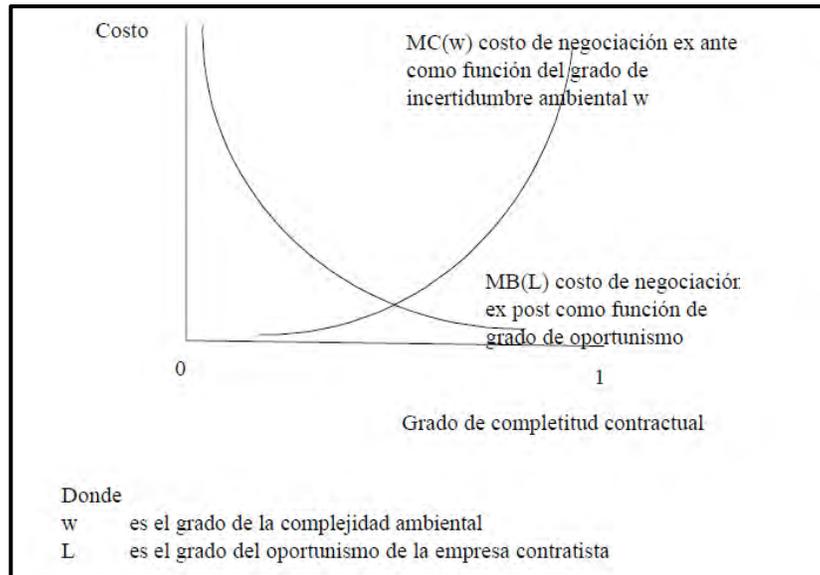
¹⁹⁸ Gorbaneff, Y. 2002. Contratación pública en Colombia y la teoría económica. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/205.pdf>. Con acceso el 25-11-2017.

¹⁹⁹ Hart, O. 1990. Property Rights and the Nature of the Firm. The Journal of Political Economy, Vol. 98, No. 6, p-p. 1119-1158. Recuperado de https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3448675/hart_propertyrights.pdf?sequence=2. Con acceso el 27-11-2017.

²⁰⁰ Gorbaneff, Y. 2002. Contratación pública en Colombia y la teoría económica. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/205.pdf>. Con acceso el 25-11-2017.

²⁰¹ Ibidem.

Gráfico 8. Contrato incompleto: costos ex ante y ex post.



Fuente. Realizado por Keith Crocker y Keneth Reynolds. *The efficiency of incomplete contracts: an empirical analysis of the air force procurement*. Retomado de Gorbaneff. *Contratación pública en Colombia y la teoría económica*.

El anterior gráfico nos permite visualizar y abstraer cuantitativamente, por una parte, el costo ex ante de diseñar el contrato representado como la función $MC(w)$ y, por otra parte, el costo ex post de renegociar el contrato representado como la función $MB(L)$. Como se puede evidenciar mientras el costo ex ante de diseñar un contrato es proporcionalmente más alto dependiendo del grado de completitud que se desea obtener, el costo ex post se plantea como una alternativa inversamente mayor al grado de completitud.

En consideración de la disyuntiva analizada, una segunda posibilidad que se desprende al estimar un escenario de renegociación es el de la renegociación. Si se considera que una de las partes ha realizado una inversión específica, como podría suceder si se implementara el contrato de concesión en el caso del SETP, esta misma parte se encontrará en una posición de menor poder de renegociación debido al fuerte compromiso que asume al haber realizado ya su inversión. El anterior fenómeno puede generar un comportamiento preventivo ante la posibilidad de configurarse una renegociación que disminuya sus expectativas de rentabilidad, este comportamiento preventivo se representa en una inversión menor de la que podría realizarse, estableciéndose un escenario negativo para ambas partes del contrato, tal como lo demuestran los aportes de Eric Maskin y John Moore en palabras de Gorbaneff:

“... en condiciones de la renegociación, no existe el contrato que devuelva a la contratista más del 50% de las ganancias adicionales que la transacción produce al comprador. Esta circunstancia disminuye el incentivo de la contratista de incurrir en el costo de la inversión específica”²⁰².

En tercer lugar, a pesar de las mencionadas dificultades (la omnipresencia de los contratos imperfectos) y las condiciones concretas en las que se pueden desarrollar los contratos, el contrato de concesión como otros contratos dispone de unas valiosas herramientas conceptualmente denominadas reglas imperativas y supletivas para disminuir los problemas de incompletitud de los contratos, procurando atenuar los problemas de costos de transacción relacionados a las denominadas “lagunas contractuales” buscando reducirlos.

Para Monroy²⁰³, mientras las reglas imperativas pueden ser consideradas como aquellas reglas cuya modificación o definición no son objeto de la libre disposición contractual de las partes, por otra parte, las reglas supletivas son aquellas que en primer término se entienden incorporadas al contrato, pero son susceptibles de modificarse o no disponerse contractualmente, siendo libremente transigibles.

La finalidad de las reglas supletivas es en últimas “suplir las ausencias de declaración de las partes no esenciales del contrato, es decir, su fin es dotar de contenido lo que la doctrina denomina como ‘lagunas contractuales’”²⁰⁴.

En este sentido el grado de incompletitud de los contratos puede ser reducido, a través de las reglas imperativas y supletivas de los mismos, reduciendo para las partes del contrato los costos de transacción necesarios para dotar de contenido las eventuales lagunas contractuales debido a que previamente este contenido se entendería parte del contrato, salvo disposición contractual diferente en el caso de las reglas supletivas.

Ahora, respecto del caso del contrato de concesión ya analizado, surge como tipología del contrato estatal expresamente regulada en el estatuto contratación estatal, este se caracteriza según Santofimio²⁰⁵ por su amplitud descriptiva que

²⁰² Ibidem. p. 7. Hace referencia a Maskin, E. y Moore, J. 1999. Implementation and Renegotiation. Review of Economic Studies, Vol. 66, No. 1, p-p. 39 – 56. Recuperado de https://scholar.harvard.edu/files/maskin/files/implementation_and_renegotiation.pdf. Con acceso el 26-11-2017.

²⁰³ Monroy Cely, D. 2016. Reglas supletivas “sancionatorias” en el derecho de contratos colombiano: el caso del contrato de transporte. Revista de Derecho Privado, No. 30 (1), p-p 221-254. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4552/5234>. Con acceso el 29-11-2017.

²⁰⁴ Monroy Cely, D. 2016. Reglas supletivas “sancionatorias” en el derecho de contratos colombiano: el caso del contrato de transporte. Revista de Derecho Privado, No. 30 (1), p-p 221-254. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4552/5234>. Con acceso el 29-11-2017. p. 222.

²⁰⁵ Santofimio, J. (2010). El contrato de concesión de servicios públicos. coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Recuperado de <https://e->

permite a las entidades del Estado configurar su contenido de manera flexible siempre que las actividades relativas a obras públicas o servicios públicos a realizarse se atengan al bienestar general en el marco del Estado Social de Derecho, la economía social de mercado y la destinación eficiente de los recursos públicos.

Ante la naturaleza y características del contrato de concesión la discusión evidentemente se suele centrar en la estructuración del mismo, la cual debe ser “reconducida” para evitar la arbitrariedad de la respectiva entidad pública, a través de los estándares que exige la interpretación de los principios y reglas de nuestro bloque de constitucionalidad, el Estatuto de Contratación, sus disposiciones reglamentarias, el Código Civil, el Código de Comercio, las decisiones del Consejo de Estado y todas aquellas normas complementarias a la actividad contractual del Estado.

Siguiendo esta lógica el Consejo de Estado²⁰⁶ ha propuesto que para interpretar adecuadamente un contrato estatal deben seguirse tres etapas:

- En primer lugar, una etapa de interpretación en sentido estricto en la cual se busca determinar la intención objetivamente pactada por las partes del contrato, a través de los criterios subjetivos y objetivos comprendidos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil.
- En segundo lugar, una etapa de calificación en la que se identifica la tipología que comprende el contrato bajo análisis dentro de las categorías comprendidas en el Estatuto de Contratación, el Código Civil, el Código de Comercio y en las leyes especiales que resulten aplicables al caso concreto.
- Finalmente, una etapa de integración normativa que comprende una interpretación tanto del contrato mismo como de las obligaciones y derechos, cuyo fundamento legal surge de otras normas imperativas y supletorias externas al contrato.

En consecuencia, aquella amplia facultad otorgada a las entidades públicas para estructurar el contenido de los contratos de concesión y el análisis de los costos de transacción ex ante y ex post que deben ser asumidos se erigen como un desafío constante que sin embargo puede ser respaldado por las reglas imperativas y supletivas que ofrece ordenamiento jurídico y su adecuada interpretación al momento de brindar más completitud a este contrato.

archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf. Con acceso el 27-11-2017.

²⁰⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. (3 de mayo de 2013). Expediente número: 24221, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00634-01. [CP Danilo Rojas Betancourth].

3.3.3. La teoría de las subastas como instrumento para incentivar la competencia por el mercado en los sistemas estratégicos de transporte público. Retomando el análisis realizado en el segundo capítulo de este trabajo, la competencia por el mercado en aquellos casos en los que se configura un monopolio natural permite mejorar la eficiencia que ya ofrece en sí la regulación económica, en este sentido el servicio público de transporte urbano y colectivo de pasajeros ante el modelo que proponen los Sistemas Estratégicos de Transporte Público demuestra ser un caso propicio para revisar la implementación del mismo, a través de los mecanismos más adecuados económica y jurídicamente disponibles.

Al respecto, el contrato de concesión dispone de la licitación pública como mecanismo de selección del eventual operador, así que vale la pena evaluar cuál es su capacidad para diseñar un escenario artificialmente competitivo que permita el otorgamiento más eficientemente posible los distintos competidores, a través de las modalidades de subastas disponibles.

Como se mencionó con anterioridad, ha existido una gran variedad de modalidades de subasta implementadas a través de la historia, las cuales han sido abordadas por el estudio de la teoría económica y por su parte el ordenamiento jurídico colombiano en la actualidad permite la posibilidad de implementar el uso de la subasta inglesa como modalidad aplicable.

La regulación sobre las modalidades de selección de contratistas ha demostrado ser inconvenientemente extensa, con el paso del tiempo los mecanismos de selección de contratistas del Estado han pasado de ser tres (licitación pública, concurso público y contratación directa) con la Ley 80 de 1993 a agregarse la selección abreviada y el concurso de méritos con sus específicos procedimientos a partir de la Ley 1150 de 2007. Adicionalmente, el Gobierno Nacional después de distintas reformas emitió el Decreto 1510 de 2013 y el Decreto 1082 de 2015, los cuales han pasado a reglamentar la selección de contratistas del Estado.

Este último decreto ha consagrado, a través de su artículo 2.2.1.2.1.1.1 una modalidad de subasta en la licitación pública que desarrolla las características propias de la subasta inglesa, a través de la conformación dinámica de ofertas, disposición normativa de la que vale la pena citar expresamente algunos de sus extractos:

“Las Entidades Estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas en la licitación. En este caso, la Entidad Estatal debe señalar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja.

[...]

En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica.

[...]

En la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los Lances hasta la conformación de la oferta definitiva.

Se tomará como definitiva la oferta inicial realizada por el oferente que no presente Lances en la subasta.

En ningún caso el precio será la única variable sometida a conformación dinámica.

La herramienta electrónica usada para la subasta debe permitir que el oferente conozca su situación respecto de los demás competidores y únicamente en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que este pueda ante cualquier Lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado²⁰⁷.

No se reiterará lo descrito con mayor especificidad en apartes anteriores, sin embargo, si es importante hacer énfasis en la característica diferenciadora de la subasta inglesa: La sucesividad de las pujas como reflejo del juego dinámico que es. Esta característica, a diferencia de la simultaneidad y la estaticidad de los otros modelos de subastas (subastas a primer precio), plantean un escenario más propicio para la develación de información oculta por parte de los oferentes, ya que son los oferentes quienes, a través de las consecutivas pujas revelan, tanto a los posteriores pujantes como al Estado, información estratégica que permite determinar con mayor precisión la real valoración y capacidad de oferta que tiene cada competidor.

De esta manera es posible obtener por parte del Estado diversos beneficios fundamentales al momento de utilizar la subasta inglesa en el proceso de licitación pública de un contrato como el de concesión:

- Según Taborda²⁰⁸, facilita la revelación de información oculta en las propuestas de los oferentes, enfrentando el problema de asimetría de la información.
- Ofrece mayores probabilidades de impedir la configuración del fenómeno de selección adversa, evitando elegir una propuesta que efectivamente no

²⁰⁷ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. Decreto 1082, 2015. DP: 49523.

²⁰⁸ Taborda Velasquez, O. (S.F.). Competencia por el mercado: caso de estudio: la cuarta generación de autopistas en Colombia. Disponible desde internet en: <https://slidedoc.es/working-paper-competencia-por-el-mercado-caso-de-estudio-la-cuarta-generacion-de-autopistas-en-colombia-pdf>. Con acceso el 25-10-2017.

fue la mejor para el Estado, pero debido a la asimetría de la información esta situación no fue revelada.

- Para Mónica Safar²⁰⁹, disminuye los costos de búsqueda del precio real del objeto contractual al revelarse en este artificial escenario mucha más información del mercado de manera rápida y concentrada, ya que los participantes han realizado previamente un análisis que les permite determinar de antemano cual es el rango de precios y el precio tope a ofertar.
- Igualmente, para Safar²¹⁰ permite determinar la mejor oferta dentro de una puja, a partir de elementos medibles y cuantificables.
- La eficiencia obtenida redundará en un beneficio neto para el Estado respecto de la asignación eficiente de recursos públicos y circunstancialmente el beneficio será directa o indirectamente para el usuario del servicio público objeto de concesión, en este caso el servicio público de transporte.

Finalmente, recuérdese lo expuesto por autores como Oliver Williamson²¹¹, en el sentido de que las subastas deben ser acompañadas de un adecuado diseño del contrato y a una regulación ex post o regulación del servicio posterior a su adjudicación, ya que en el caso de las negociaciones para el otorgamiento de la operación de un monopolio natural se incrementan los incentivos destinados al oportunismo y a la renegociación.

²⁰⁹ Safar, M. Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: Hacia un mecanismo eficiente y transparente. En Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 2009.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Taborda Velasquez, O. (S.F.). Competencia por el mercado: caso de estudio: la cuarta generación de autopistas en Colombia. Disponible desde internet en: <https://slidedoc.es/working-paper-competencia-por-el-mercado-caso-de-estudio-la-cuarta-generacion-de-autopistas-en-colombia-pdf> . Con acceso el 25-10-2017. Hace referencia a Williamson, O. 1976. Franchise Bidding for natural monopolies. The Bell Journal of Economics, No 7 (1), p.-p 73-104. Recuperado de file:///C:/Users/Juan%20Sebastian/Downloads/4a_Sem_Williamson_Franchise_Bidding.pdf. Con acceso el 25-10-2017.

4. CONCLUSIONES

- La economía social de mercado en Colombia intenta sintetizar y armonizar la libertad de acción individual dentro de un orden de responsabilidad personal y social de lo que se desprende un sistema mixto en el que la intervención estatal busca modular las fallas de mercado con el objeto de garantizar una justicia material como exigencia del Estado Social de Derecho, sin desnaturalizar a su vez la economía de mercado como sistema, ni derechos pilares como la iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre competencia. Lo anterior, a través del uso de los distintos instrumentos jurídicos de los que dispone la Constitución para intervenir la economía, configurándose como una obligación la interpretación sistemática del Estado Social de Derecho y las categorías que desprenden de esta cláusula.
- Nuestra Corte Constitucional ha demostrado superar en un ejercicio de derecho comparado los umbrales internacionales de compromiso judicial con la garantía de los DESC por su fuerte enfoque de derechos, ya que parte de una Constitución valorativa, vinculante y abierta respecto de las medidas idóneas a adoptar como respuesta, pero dentro de ciertos límites, uno de ellos la garantía de preservación del núcleo duro de los derechos sociales fundamentales.
- Existe desde el Estado Social de Derecho un claro compromiso frente al acceso al servicio de transporte, a través de la consagración de una dimensión de derecho fundamental y otra dimensión de derecho colectivo. Respecto a su dimensión iusfundamental la Corte Constitucional ha logrado identificarlo en tres escenarios constitucionales: (i) el servicio público de transporte como elemento prestacional de la libertad de locomoción; (ii) el servicio público de transporte como elemento prestacional del derecho a la salud y a la educación; y (iii) El servicio público de transporte como elemento para asegurar la igualdad a personas en condición de discapacidad.
- Por otra parte, respecto a su dimensión como derecho colectivo, se distingue una clara obligación jurídica justiciable para el caso del servicio del servicio de transporte público, a partir de la configuración de los elementos que propone el profesor Rodolfo Arango: (i) una norma jurídica como fundamento; (ii) una obligación prestacional frente al Estado y los particulares; y (iii) una facultad jurídica reconocida para exigir la consecución del derecho. A su vez este derecho comprende los límites más representativas para este servicio público, tales como el acceso físico respecto de las personas en condición de discapacidad, acceso a la

infraestructura, respecto a la cobertura y oportunidad del mismo; y acceso de carácter económico, cuyo mejor ejemplo es el costo de la tarifa.

- A partir del análisis del derecho de la competencia europeo y estadounidense desarrollado en este trabajo se pudo concluir un importante acercamiento pese a las claras particularidades de ambos sistemas, acercamiento que también se puede evidenciar como aportes al derecho de la competencia colombiano tanto en conceptos normativos, figuras procesales y sistemas de análisis.
- Los sistemas constitucionales norteamericano y colombiano han demostrado lograr modelar el desarrollo de los regímenes de competencia acogiendo tanto el proteccionismo como la libertad de mercado, a través de un análisis sistemático, el cual integra la dimensión económica de la Constitución a su sistema de principios y reglas. Esto ha llevado a combinar regímenes de competencia más flexibles ante el mercado, por ejemplo, a través de la definición de distintas excepciones a su aplicación, que son combinados con la protección y promoción de la competencia.
- Un monopolio natural como el que se configura en el transporte urbano colectivo de pasajeros se caracteriza por la generación de más eficiencias para los distintos agentes económicos del mercado al permitirse la operación de una sola empresa debido a las características tecnológicas y operativas para la producción del servicio que permiten costes medios de producción continuamente decrecientes al aumentar la misma.
- La sola operación de una sola empresa no es garantía para el aprovechamiento de las características económicas de un monopolio natural, es necesaria una regulación que permita potenciar sus características positivas y controlar las negativas. Respecto al objeto de la regulación en el servicio público de transporte, este mismo puede ser variado, abarcando el control tarifario del servicio, la calidad del servicio, la seguridad que se ofrece tanto a sus pasajeros como a otros actores viales, las condiciones técnico mecánicas necesarias para un transporte responsable ambientalmente o la implementación de medidas que garanticen la accesibilidad de la población en condiciones de discapacidad.
- Considerando la estructura de mercado que se configura en el servicio público de transporte urbano y colectivo de pasajeros y el modelo que proponen los Sistemas Estratégicos de Transporte Público (SETP) se ha preferido en nuestro país optar por la operación del servicio, a través de una sola compañía o estructura empresarial, ya que la libre competencia en el mercado ha demostrado empíricamente generar problemas de

coordinación en la utilización de infraestructura y una competencia entre operadores considerada destructiva.

- Tanto el Ministerio de Transporte como la Alcaldía de Pasto, a través de su Secretaría de Tránsito y Transporte, diseñaron y ejecutaron una estrategia para generar barreras de acceso a la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros que derivaron en la obstrucción de todo agente que tuviera la intención de participar en la prestación de este servicio público. A pesar de que según las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996 el otorgamiento de la operación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros debe garantizar la competencia “por” el mercado y “en” el mercado el Ministerio de Transporte y la Alcaldía de Pasto diseñaron un esquema con barreras artificiales, a través de una regulación que no respeta ni el régimen de competencia, ni el procedimiento para autorizar la excepción contemplada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- A pesar de dificultades como las inherentes a los contratos imperfectos y las condiciones concretas en las que se pueden desarrollar los contratos de concesión, estos mismos disponen de valiosas herramientas conceptualmente denominadas reglas imperativas y supletivas, cuya finalidad se encuentra en disminuir los problemas de incompletitud de los contratos, procurando atenuar los problemas de costos de transacción relacionados a las denominadas “lagunas contractuales” buscando reducirlos.

En Colombia aquella amplia facultad otorgada a las entidades públicas para estructurar el contenido de los contratos de concesión y el análisis de los costos de transacción ex ante y ex post que deben ser asumidos se erigen como un desafío constante que sin embargo puede ser respaldado por las reglas imperativas y supletivas que ofrece el actual ordenamiento jurídico y su adecuada interpretación al momento de brindar más completitud a este contrato.

- La sucesividad de las pujas en las subastas dinámicas como la subasta inglesa, a diferencia de la simultaneidad y la estaticidad de los otros modelos de subastas (como las de primer precio) posibilitan un escenario más propicio para la develación de información oculta por parte de los oferentes, tanto a los diferentes competidores como al Estado, información estratégica que permite determinar con mayor precisión la real valoración y capacidad de oferta que tiene cada competidor. De esta manera es posible obtener por parte del Estado diversos beneficios fundamentales al momento de utilizar la subasta inglesa en el proceso de licitación pública de un contrato como el de concesión de servicios públicos de transporte.

- Es recomendable para los sistemas estratégicos de transporte público como el de Pasto la integración de estrategias como el adecuado diseño del contrato de concesión de la operación del servicio, un eficiente diseño de subastas y una regulación ex ante y ex post, ya que como se ha demostrado en las negociaciones para el otorgamiento de la operación de un monopolio natural existe una predisposición de los incentivos destinados al oportunismo y a la renegociación.
- Considerando que las fallas de mercado evidenciadas en el transporte público de Pasto pueden derivar en un reforzamiento de las brechas de desigualdad y a su vez en la vulneración de derechos sociales que pueden considerarse fundamentales en determinados casos, la estructuración de los sistemas estratégicos de transporte público como el de Pasto debe replantearse como un instrumento no solamente para desarrollar las dimensiones que tiene la competencia económica, también debe ser un instrumento de política pública para garantizar el cumplimiento de otros derechos constitucionales conexos, situación que debe ser evaluada en la medida en que se dispongan de herramientas para evaluar dicho compromiso, ya que a la fecha carecemos de un estudio de movilidad actualizado que lo posibilite.

5. RECOMENDACIONES

Considerando el análisis realizado a través del presente trabajo de grado se puede partir de las insuficiencias en materia de libre competencia que surgen de la actual regulación de los mecanismos de otorgamiento de la operación de los Sistemas Estratégicos de Transporte Público en Colombia a partir del caso de la ciudad de Pasto. Se considera que esta situación debe ser respondida teniendo en cuenta las siguientes recomendaciones:

- Es posible evitar la transgresión del régimen de competencia colombiano en la que se considera incurrieron el Ministerio de Transporte y la Alcaldía de Pasto al diseñar y ejecutar barreras de acceso a la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros. Lo anterior, a través de una regulación que respete el régimen de competencia y el procedimiento definido para autorizar la excepción contemplada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- En aquel escenario en el que se prefiera garantizar la libre competencia económica resultaría recomendable acudir a la figura del contrato de concesión, la cual garantiza no solamente la certeza en el uso de herramientas para la definición de mecanismos de selección de operadores del servicio público de transporte colectivo de pasajeros, también para la elección económica y jurídica más garantista de los derechos de los usuarios.
- Estructurar por parte de las respectivas entidades públicas el contenido de los contratos de concesión haciendo uso del análisis de los costos de transacción ex ante y ex post, así como de las reglas imperativas y supletivas que ofrece ordenamiento jurídico con la finalidad de ofrecer una mayor completitud a este contrato tipo de contratos de concesión.
- Implementar mecanismos competitivos de subasta como la subasta inglesa en los procesos de licitación pública de los contratos de concesión de la operación de los Sistemas Estratégicos de Transporte Público.
- Considerando que las fallas de mercado evidenciadas en el transporte público de Pasto pueden derivar en un reforzamiento de las brechas de desigualdad y a su vez en la vulneración de derechos sociales que pueden considerarse fundamentales en determinados casos, la estructuración de los sistemas estratégicos de transporte público como el de Pasto debe replantearse como un instrumento no solamente para desarrollar las dimensiones que tiene la competencia económica, también debe ser un instrumento de política pública para garantizar el cumplimiento de otros derechos constitucionales conexos, situación que debe ser evaluada en la medida en que se dispongan de herramientas para evaluar dicho compromiso, ya que a la fecha carecemos de un estudio de movilidad actualizado que lo posibilite.

BIBLIOGRAFÍA

LIBRO

ALBALATE, Daniel. *The privatization and nationalisation of European roads: Success and failure in Public-Private Partnerships*. Cheltenham: Editorial Edward Elgar publishing Limited, 2014. 272 p.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 602 p.

AMADOR CABRA, Luis. *Análisis económico del derecho, monopolio natural y regulación económica*. En Constanza Blanco Barón (Coord.). *Colección Homenaje Enrique Low Murtra, Volumen IX*. (pp. 13- 48). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 428 p.

ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado, 2004. 272 p.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Colombia. Legis, 2012. 380 p.

BUTTIGIEG, Eugene. 2009. *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest. A comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*. Oxford: Kluwer Law International, 2009. 444 p.

CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado, 2008. 840 p.

COTARELO GARCÍA, R. *Crisis y reformulación del Estado de bienestar*. Madrid: Tecnos, 1998. 196 p.

DE RUS, Gines. *Economía del transporte*. Barcelona: Antoni Boschi Editor, 2003. p. 447.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano*. En BOAVENTURA. DE SOUSA y GARCÍA M. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Un análisis sociojurídico* (pp. 151-207). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001. p. 1224.

GARGARELLA, Roberto. *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina*. En RODRÍGUEZ G. (Coord.), *El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 87- 109). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A, 2011. p. 426.

HELLER, Hermann. *El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales. Sección V: De la Economía*. Madrid: Alianza, 1985. p. 420.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis, 2013. p. 368.

ORTEGA GUERRERO, Gustavo. *Argumentación iusfundamental de los derechos colectivos y ambientales*. En Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales – GIDCA. *Debates ambientales contemporáneos* (p-p 75- 133). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010. p. 358.

PACHÓN TORRES, Andrés. *Las concesiones de Transmilenio y SITP vs Los derechos de acceso al transporte público. Una perspectiva desde el análisis económico del Derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016. p. 176.

PYNDICK, Robert. y RUBENFIELD, Daniel. *Microeconomía*. Madrid: Pearson Educación, S.A., 2008. p. 888.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar. y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015. p. 268.

SAFAR, Monica. *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: Hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 81.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 312.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. et al. *Dialogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2007. p. 198.

ARTICULO DE UN PERIODICO

EL DERECHO. *La Alcaldía reglamentó ya el transporte Urbano*. En *El Derecho*. Pasto. 15 de mayo de 1954. p. 1

ARTICULO DE REVISTA

ARANGO, R. 2001. *La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*. En *Revista de Derecho Público*. No. 12 (2), p-p 185- 212. Con acceso el 10- 12- 2017. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=202%3AAla-justiciabilidad-de-los-derechos-sociales-fundamentales&lang=en.

ARCOS, Tiuso, et al. 2011. Evaluación económica del proyecto 'Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros para la Ciudad de Pasto. Documentos CEDE No. 51, p.-p 1-28. Con acceso el 16-11-2017. Recuperado de https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/dcede2011-27.pdf

BAJARI, Patrick y LEWIS, Gregory. 2009. *Procurement contracting with time incentives: theory and evidence*. *Quarterly Journal of Economics*. vol. 126, issue 3, 1173-1211. Con acceso el 25-10-2017. Recuperado de <http://www.nber.org/papers/w14855.pdf>

BAJARI, Patrick. 2011. *Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis of adaptation costs*. The American Economic Review, Vol. 104, No. 4 p-p. 1288-1319. Con acceso el 25-10-2017. Recuperado de <http://faculty.haas.berkeley.edu/stadelis/incomplete.pdf>

BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. 2014. *La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos*. Revista Contexto, No. 41 (1), p-p 54- 61. Con acceso el 13-12-2017. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3852>

CHADWICK, Edwin. 1859. *Results of different principles of legislation and administration in Europe: of Competition for the field, as compared with competition within the field, of service*. Journal of statistical society of London. Vol 22 N° 3.

CIFUENTES, Eduardo. 1995. *El constitucionalismo de la pobreza*. Revista Derecho, Vol. IV, No. 2, p-p 53- 77. Con acceso el 10-10-2017. Recuperado de <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/2233>

CROCKER, Keith y REYNOLDS, Kenneth. 1993. *The efficiency of incomplete contracts: an empirical analysis of the air force procurement*. Rand Journal of Economics, vol 24 (1).

GOLBERG, Victor. 1977. *Competitive bidding and the production of precontract information*. The Bell Journal of Economics Vol 8 N°11. Con acceso el 25-10-2017. Recuperado de [http://www.edegan.com/pdfs/Goldberg%20\(1977\)%20-%20Competitive%20Bidding%20and%20the%20Production%20of%20Precontract%20Information.pdf](http://www.edegan.com/pdfs/Goldberg%20(1977)%20-%20Competitive%20Bidding%20and%20the%20Production%20of%20Precontract%20Information.pdf)

GUARÍN, Alvaro y FRANCO, Daniel. 2008. *La sustitución de importaciones como medio para un desarrollo sostenible*. Revista Universidad EAFIT, No. 151 (2), p-p 56- 67. Con acceso el 17-11-2017. Recuperado de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/view/130>

HADLEY, Arthur. 1886. *Private monopolies and public rights*. Quarterly journal of economics. Vol 1 N° 1.

HART, Oliver. 1990. *Property Rights and the Nature of the Firm*. The Journal of Political Economy, Vol. 98, No. 6, p-p. 1119-1158. Con acceso el 27-11-2017. Recuperado de https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3448675/hart_propertyrights.pdf?sequence=2

HUAPAYA TAPIA, Ramón. 2010. *Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la Regulación*. Revista Ius Et Veritas, No. 40 (1), p-p 302-344. Con acceso el 15-10-2017. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157/12722>

LÓPEZ MURCIA, Julián y SCHONBERGER, Johann. 2008. *Servicios públicos domiciliarios: una reinterpretación con base en el "bloque de constitucionalidad"*. Revista Universitas, No. 117 (2), p-p 171-196. Con acceso el 30-11-2017. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14537>

MASKIN, Eric. y MOORE John, J. 1999. *Implementation and Renegotiation*. Review of Economic Studies, Vol. 66, No. 1, p-p. 39 – 56. Con acceso el 26-11-2017. Recuperado de https://scholar.harvard.edu/files/maskin/files/implementation_and_renegotiation.pdf

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. 2011. *Origen y evolución del Derecho de la competencia en Colombia*. Revista Derecho de la Competencia, No. 6 p-p 65-148. Con acceso el 15-11-2017. Recuperado de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/3-origen-y-evolucion3b3n-copia.pdf>

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Juan. 2007. *Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y Latinoamérica*. Revista Boliviana de Derecho, No. 5 (1), p-p 215-267. Con acceso el 20-11-2017. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf>

MONROY CELY, Daniel. 2016. *Reglas supletivas “sancionatorias” en el derecho de contratos colombiano: el caso del contrato de transporte*. Revista de Derecho Privado, No. 30 (1), p-p 221-254. Con acceso el 29-11-2017. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4552/5234>

Mougeot, Michele y Naegelen, Florence. 2005. *Designing a Market Structure When Firms Compete for the Right to Serve the Market*. Journal of Industrial Economics. Vol 53. N°3. Con acceso el 25-10-2017. Recuperado de https://econpapers.repec.org/article/blajindec/v_3a53_3ay_3a2005_3ai_3a3_3ap_3a393-416.htm

OSSA BOCANEGRA, Camilo. 2014. *Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, No. 120 (1), p-p 181-219. Con acceso el 20-11-2017. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2685>.

PALACIOS, Andrés. 2008. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales como un mecanismo de control constitucional a la actividad económica y los límites del constitucionalismo contemporáneo*. Revista Contexto, No. 29 (2), p-p 67-92. Con acceso el 10-12-2017. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2602>

PALACIOS, Andrés. 2013. *El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico?* Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 9 (2), p-p 85-100. Con acceso el 30-11-2017. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3496/3384>

PALACIOS, Andrés. 2013. *Constitutional Traditions and Competition Law Regimes: A Primer*. Global Antitrust Review, Issue 6, p-p 49-79. Con acceso el 30-11-2017. Recuperado de <http://www.icc.qmul.ac.uk/docs/gar2013/143679.pdf>

PALACIOS, Andrés. y GUTIÉRREZ, Juan. 2015. *Una nueva visión sobre los orígenes del Derecho de la competencia colombiano*. Revista Derecho de la Competencia, No. 11, p-p 137-176. Con acceso el 10-11-2017. Recuperado de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-una-nueva-visic3b3n.pdf>

PRIETO KESSLER, Eduardo. 2005. *La política de defensa de la competencia en la Unión Europea*. Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, No. 820, p.-p 99-110. Con acceso el 22-11-2017. Recuperado de http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_820_99-110_8EE92B7B54D2AD92E87F14937B6BF0BC.pdf

SANTAELLA QUINTERO, Hector. 2001. *El modelo económico en la Constitución de 1991*. Con acceso el 10-11-2017. Revista Derecho del Estado, No. 11 (2), p.-p 85-93. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/857/812>

URIBE PIEDRAHITA, Carlos. 2010. *Cierre vertical de mercados*. Revista Derecho de la Competencia. Bogotá (Colombia), No. 6, p.-p 33-140. Con acceso el 4-12-2017. Recuperado de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-uribe-correg.pdf>

VERGARA MESA, Hernán. 2009. *La función administrativa: Una mirada desde el derecho colectivo al acceso y eficiente*. Revista Estudios de Derecho, No. 148 (1), p.-p 121-143. Con acceso el 20-11-2017. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/5209>

VICKREY, William. 1961. *Counterspeculation, auctions, and competitive sealed tenders*. Journal of Finance, No. 16 (1), p.-p 8-37. Con acceso el 25-10-2017. Recuperado de <http://libeccio.di.unisa.it/SocialNetworkAlgo/reading/Vickrey61.pdf>

WILLIAMSON, Oliver. 1976. *Franchise Bidding for natural monopolies*. The Bell Journal of Economics, No 7 (1), p.-p 73-104. Con acceso el 25-10-2017. Recuperado de file:///C:/Users/Juan%20Sebastian/Downloads/4a_Sem_Williamson_Franchise_Bidding.pdf

NORMAS JURÍDICAS LEYES, REGLAMENTOS, ÓRDENES MINISTERIALES, DECRETOS, RESOLUCIONES

COLOMBIA. ALCALDÍA DE PASTO. (27 de agosto de 2015). *Por medio de la cual se otorga el permiso de operación del Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasto*. Resolución 0966 de 2015.

COLOMBIA. CONCEJO MUNICIPAL DE PASTO. (30 de mayo de 2012). *Por el cual se adopta el Plan de Desarrollo del Municipio de Pasto 2016 – 2019 “Pasto Educado Constructor de Paz”*. [Acuerdo 012 de 2016].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. (20 de febrero de 1997). Expediente número: 3488. [CP Alberto Polo Figueroa].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. (17 de febrero de 2005). Expediente número: 27673, Radicación número: 500012331000200300277 01 [CP Alier Hernández Enríquez].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. (10 de mayo de 2007). Expediente número: 01856, Radicación número: 76001-23-31-000-2003-01856-01. [CP Martha Sofía Sanz Tobón].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. (3 de mayo de 2013). Expediente número: 24221, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00634-01. [CP Danilo Rojas Betancourth].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (5 de junio de 1992). Sentencia T- 406. [MP Ciro Angarita].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (3 de noviembre de 1992). Sentencia T-578. [M.P. Alejandro Martínez].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (25 de febrero de 1998). Sentencia C-043. [M.P. Vladimiro Naranjo].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (1 de agosto de 2002). Sentencia T-595. [M.P. Manuel Cepeda].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (5 de diciembre de 2002). Sentencia C-1078. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (31 de julio de 2008). Sentencia T- 760. [M.P. Manuel Cepeda].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (16 de diciembre de 2008). Sentencia T- 1259. [M.P. Rodrigo Escobar].

CORTE CONSTITUCIONAL. (16 de marzo de 2011). Sentencia C- 186. [MP Humberto Sierra].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (25 de mayo de 2011). Sentencia C-439. [MP Juan Carlos Henao]

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (14 de marzo de 2012). Sentencia C-197. [MP Jorge Pretelt].

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 19 de julio de 2001. *“Por la cual se reúnen en un solo cuerpo normativo todas las reglamentaciones e instrucciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio que se encuentran vigentes”*. Circular Externa 010 de 2001. DO: 44511.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 4 de junio de 2012. Resolución No. 35696.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 21 de abril de 2014. Resolución No. 25036.

CONGRESO DE COLOMBIA. (24 de diciembre de 1959). Artículo 1. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.* [Ley 155 de 1959]. DO: 30138.

CONGRESO DE COLOMBIA. (30 de diciembre de 1993). *Por la cual se define el servicio de transporte público, establece los principios orientadores para su prestación y la suscripción de un permiso o contrato de concesión u operación.* [Ley 105 de 1993]. DO: 41158.

CONGRESO DE COLOMBIA. (20 de diciembre de 1996). *Estatuto General de Transporte.* [Ley 336 de 1996]. DO: 30138.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (1 de junio de 1964). *Por el cual se reglamenta la Ley 155 de 1959, en armonía con los Decretos 1653 de 1960 y 3307 de 1963.* Decreto 1302 de 1964. DO: 31922.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (9 de septiembre de 2009). *Por el cual se reglamentan los Sistemas Estratégicos de Transporte Públicos (SETP) de conformidad con la Ley 1151 de 2007.* Decreto 3422 de 2009. DO: 47468.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (23 de diciembre de 2011). *Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.* Decreto 4886 de 2011. DO: 48294.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. (26 de mayo de 2015). *Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.* Decreto 1082, 2015. DP: 49523.

ARTÍCULO DE UN DOCUMENTO DESCARGADO DE INTERNET

BANCO DE DESARROLLO PARA AMÉRICA LATINA. 2009. *Servicios locales, infraestructura y transporte: Dimensión, escala, redes e instituciones de gobernanza.* Con acceso el 2-11-2017. Recuperado de <https://www.caf.com/media/3864/200904BeIVERSIONFINAL.pdf>

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2013. *Casos de estudio comparativos. Proyectos de Transporte Urbano apoyados por el BID*. Con acceso el 12-10-2017. Recuperado de [https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5986/Documento de Enfoque Casos de Estudio Comparativos Proyectos de Transporte Urbano Apoyadas por el .pdf?sequence=2](https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5986/Documento_de_Enfoque_Casos_de_Estudio_Comparativos_Proyectos_de_Transporte_Urbano_Apoyadas_por_el.pdf?sequence=2)

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2016. *Evaluación de los efectos de los sistemas de BRT apoyados por el BID en la movilidad y el acceso para los pobres en Cali y Lima*. Con acceso el 12-10-2017. Recuperado de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7519/Documento-de-enfoque-Evaluacion-de-los-efectos-de-los-sistemas-de-BRT-apoyados-por-el-BID-en-la-movilidad-y-el-acceso-para-los-pobres-en-Cali-y-Lima.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

BARÓN ALSINA, I. 2007. *Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea*. Con acceso el 22-11-2017. Recuperado de [http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/documentos/Referencia al Derecho Comparado.pdf](http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/documentos/Referencia_al_Derecho_Comparado.pdf)

CARRUTHERS, Robin; DICK, Malise. y SAURKAR, Anuja. 2005. *Affordability of Public Transport in Developing Countries*. Con acceso el 12-10-2017. Recuperado de [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08ca640f0b652dd001470/C21-TP-3 affordability final.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08ca640f0b652dd001470/C21-TP-3_affordability_final.pdf)

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. 2002. *Documento Conpes 3167*. Con acceso el 18-11-2017. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/191.pdf>

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. 2008. *Documento Conpes 3549*. Con acceso el 18-11-2017. Recuperado de <file:///C:/Users/Juan%20Sebastian/Downloads/conpes%20setp%20pasto%203549%20noviembre2008.pdf>

CORTÉS BRAVO, Sonia. 2009. *El Estado, la constitución y la economía de mercado*. Con acceso el 20-11-2017. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/324283070/El-Estado-La-Constitucion-y-La-Economia-de-Mercado-Sonia-Cortes>

GORBANEFF, Yuri. 2002. *Contratación pública en Colombia y la teoría económica*. Con acceso el 28-11-2017. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/205.pdf>

KOVACIC, William. y SHAPIRO, Carl. 1999. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Competition Policy Center. University of California, Berkeley. 1999. Con acceso el 20-11-2017. Recuperado de http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1775&context=faculty_publications

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. (1992). *Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*. Con acceso el 25-11-2017. Recuperado de <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf>

OCAMPO, José. y MARTÍNEZ, Astrid. 2011. *Hacia una Política Industrial de nueva generación en Colombia*. Con acceso el 18-11-2017. Recuperado de <https://jaocampodotnet.files.wordpress.com/2012/03/haciaunapolc3adticaindustrialdenuevageracic3b3n.pdf>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2009. *Informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito*. Con acceso el 12-10-2017. Recuperado de http://www.who.int/violence_injury_prevention/publications/road_traffic/world_report/summary_es.pdf?ua=1

RESICO, Marcelo. 2011. *Introducción a la economía social de mercado*. Con acceso el 27-10-2017. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_29112-1522-4-30.pdf?111103181408

ROSERO ORTEGA, Lucia. 2003. *Historia del transporte nacional y sus nexos con el regional, particularmente con el transporte urbano de buses en la ciudad de Pasto entre 1948 a 1965*. Con acceso el 25-10-2017. Recuperado de <http://biblioteca.udenar.edu.co:8085/bibliotecavirtual/viewer.aspx?&var=10876>

SANTOFIMIO, Jaime. 2010. *El contrato de concesión de servicios públicos. coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*. Con acceso el 27-11-2017. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf

SANZ CALVO, Daniel. 2015. *Teoría de Juegos y Subastas en Economía y Empresa*. Con acceso el 25-10-2017. Recuperado de <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/15833/1/TFG-E-175.pdf>

SOTO, Jesús. y JARAMILLO Luis. 2016. *Aspectos comunes de las escuelas de Chicago y Harvard en materia de libre competencia: El aporte del neoinstitucionalismo*. Con acceso el 2-12-2017. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2951248

STIGLITZ, Joseph. 2002. *La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica*. Con acceso el 28-11-2017. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2305220.pdf>

STIGLITZ, Joseph., y GREENWALD, Bruce. 2013. *Industrial Policies, the Creation of a Learning Society, and Economic Development*. Con acceso el 17-11-2017. Recuperado de <http://cgt.columbia.edu/wp-content/uploads/2014/01/Industrial-Policies-the-Creation-of-a-Learning-Society-and-Economic.pdf>

TABORDA VELASQUEZ, Oscar. (S.F.). *Competencia por el mercado: caso de estudio: la cuarta generación de autopistas en Colombia*. Con acceso el 25-10-2017. Recuperado de <https://slidedoc.es/working-paper-competencia-por-el-mercado-caso-de-estudio-la-cuarta-generacion-de-autopistas-en-colombia-pdf>

UNIÓN TEMPORAL STEER DAVIES GLEAVE – AKIRIS. 2009. *Diseño conceptual del sistema estratégico de transporte público de Villavicencio*. Con

acceso el 20-11-2017. Recuperado de https://villavicencio.wikispaces.com/file/view/SETPC31-03-2010_17-50-00.pdf

VASCONCELLOS, Eduardo. y MENDONÇA Adolfo. 2016. *Observatorio de Movilidad Urbana: Informe 2015-2016*. Con acceso el 18-10-2017. Recuperado de <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/981>

Winchester, Lucy y Szalachman, Raquel. (S.F.). "The Urban Poor's Vulnerability to the Impacts of Climate Change in Latin America and the Caribbean: A Policy Agenda". Con acceso el 12-10-2017. Recuperado de <http://siteresources.worldbank.org/INTURBANDEVELOPMENT/Resources/336387-1342044185050/8756911-1342044630817/V2Chap28.pdf>