

LÍMITES EN LA COMPETENCIA DEL ARBITRAJE EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LA INSUFICIENCIA TARIFARIA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN*

LIMITS IN THE COMPETITION OF ARBITRATION IN
THE DISPUTE RESOLUTION DERIVATIVES OF TARIFF
INSUFFICIENCY IN CONCESSION CONTRACTS

*Juan Carlos Jiménez Triana***

Resumen

En aquellas situaciones en las que la remuneración del concesionario-prestador de un servicio público no es suficiente para cubrir los costos de la prestación, bien podría plantearse la posibilidad de que sean los árbitros quienes conozcan y decidan al respecto. No obstante, esta posibilidad se encuentra limitada por la determinación y estudio que se efectúe de las actividades que el concesionario reclama. Es decir, en estos casos, deberá establecerse la relación existente entre las actividades en las que sustenta la reclamación el concesionario y las actividades que se encuentran amparadas por la tarifa establecida.

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: JIMÉNEZ TRIANA, Juan Carlos. Límites en la competencia del arbitraje en la resolución de controversias derivadas de la insuficiencia tarifaria en los contratos de concesión. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 49 Enero – Junio, 2019, pp. 37-59.

Recibido: 30 de marzo de 2019 - Aprobado: 30 de junio de 2019.

** Abogado titulado con honores de la Universidad Católica de Colombia, Master en Derecho de Daños de la Universidad de Girona, especialista en Derecho de los Negocios y Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, investigador del grupo PRHONESIS de la Universidad Católica de Colombia. abogado litigante y docente en pregrado y postgrado, jcjimenez triana@ucatolica.edu.co Bogotá D.C. Colombia.

Solo así podrá determinarse si pueden o no los árbitros conocer y decidir sobre estas controversias, y si el conducto legal que debe seguir el concesionario es solicitar la revisión del contrato ante el juez, o en su defecto, solicitar una revisión de los costos ante el regulador del servicio ante una posible insuficiencia tarifaria.

Palabras clave: Contrato estatal, contrato de concesión de servicios públicos, régimen tarifario, insuficiencia tarifaria, desequilibrio económico, justicia arbitral, competencia arbitral objetiva.

Abstract

In those situations in which the compensation of the concessionaire-provider of a public service is not sufficient to cover the costs of the provision, the possibility could well be raised that the arbitrators are the ones who know and decide about it. However, this possibility is limited by the determination and study carried out of the activities that the concessionaire claims. That is, in these cases, the relationship between the activities on which the claim is sustained by the concessionaire and the activities that are covered by the established tariff must be established. Only then can be determined whether or not the arbitrators can know and decide on these disputes, and if the legal procedure that the concessionaire must follow is to request the revision of the contract before the judge, or in its absence, request a review of the costs before the regulator of the service before a possible tariff insufficiency.

Keywords: State contract, concession contract for public services, tariff regime, tariff insufficiency, economic imbalance, arbitral justice, objective arbitration competence.

Introducción

En el caso específico de los contratos de concesión de servicios públicos donde la remuneración del concesionario se encuentra definida y amparada por un régimen tarifario legalmente establecido; uno de los temas que generan una especial complejidad corresponde a la competencia por parte de las autoridades judiciales para dirimir las controversias asociadas a los asuntos económicos del contrato, pues no puede afirmarse que, en todo caso que se presente una diferencia deben son los jueces dirimir el asunto.

Tal consideración tiene como base que, el contratista concesionario que presta un servicio público tiene dos roles a saber. Por una parte se trata del concesionario de un contrato estatal y, por otra, es un prestador del servicio público. Este aspecto resulta altamente relevante, en tanto, como contratista tiene derecho a una remuneración dispuesta en el contrato y por otra parte,

como prestador su operación puede encontrarse sometida a tarifas específicas del servicio público.

Así las cosas, este artículo aboga por la existencia de dos situaciones que son mutuamente excluyentes ante una reclamación económica del concesionario del servicio público. En primer lugar, existe la posibilidad que tal reclamación se adelante ante la autoridad regulatoria del servicio que se preste para que en el marco de sus competencias adelante el procedimiento administrativo de carácter particular de revisión de costos tarifarios. En segundo lugar, puede ser que tal reclamación se adelante una reclamación para la revisión del contrato de concesión.

En ese orden, la situación descrita se proyecta en los trámites arbitrales, donde consideramos que existe una especial complejidad cuando son los mismos árbitros los llamados a resolver sobre su propia competencia en el asunto sometido a su consideración. Así pues, los asuntos a dilucidar corresponde a los alcances de la cláusula compromisoria pactada por las partes y su extensión sobre la remuneración reconocida al concesionario por los conceptos definidos en la regulación.

Así pues, donde la remuneración del concesionario no es suficiente para cubrir los costos de la prestación del servicio; pues en estos supuestos, deberá considerarse si las actividades cuyo reconocimiento se solicita, se encuentran dentro de las actividades remuneradas, o, por el contrario, son extra regulatorias. Pues, tal y como se sostendrá a lo largo de este artículo, si son de aquellas que se encuentran pactadas dentro de la remuneración, no les será dable a las partes disponer sobre el particular, pues son las denominadas comisiones¹ de regulación², las únicas habilitadas por la ley para definir y fijar las fórmulas tarifarias del servicio. En ese sentido, y a lo largo de este artículo se sostendrá que, en aquellos casos en los que la remuneración del concesionario se vea afectada por una insuficiencia tarifaria, y la actividad se encuentre incluida entre las actividades remuneradas, y éste acuda ante la justicia arbitral pretendiendo el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato; los árbitros en razón de la materia, deberán declararse incompetentes para conocer

¹ Debe tenerse en cuenta ante todo que, las comisiones de regulación tienen un objetivo de doble vía, que bien puede definirse en lo expuesto por Martínez, J.C. (2000) "El objetivo de la autoridad reguladora es tomar decisiones, en cuanto a la fijación de precios se refiere, que vayan en beneficio de los consumidores y de las empresas reguladas." (p.14)

² Es importante aclarar que, en lo relativo a las tarifas, existen dos posibilidades: i) La fijación de fórmulas tarifarias, por parte de las Comisiones Reguladoras (agua potable y saneamiento básico-CRA-, y energía y gas-CREG-; y, ii) La libre fijación de tarifas por parte de las prestadoras del servicio. Para efectos de este artículo, la atención se centra principalmente en los contratos de concesión de servicios públicos cuyas tarifas dependen de las fórmulas tarifarias establecidas por las comisiones de regulación.

del asunto; y en caso de no hacerlo, la entidad estatal podrá solicitar la nulidad del laudo arbitral en caso de que aquel hubiese aprehendido y decidido sobre el particular no estando facultado para ello.

1. El supuesto que trata el presente artículo

Sin caer en un reduccionismo casuístico, pero con la pretensión de lograr una mayor precisión al problema que se ocupan las siguientes páginas, puede resultar revelador presentar un caso genérico que tenga la vocación de establecer los rasgos prominentes de un supuesto de hecho. Ello, facilita la comprensión de los temas que se siguen y de los planteamientos que se dejan expuestos al final del escrito.

“Una entidad estatal que tiene a su cargo garantizar un servicio público en un determinado municipio del país, celebra un contrato de concesión con una empresa de servicios públicos experta en operar las instalaciones con las que cuenta el mencionado municipio. En el contrato, se estipula que la remuneración se ampara en la tarifa que se recaude por la prestación del servicio. En la ejecución del servicio surgen varias diferencias, entre otras, la reclamación económica del contratista a su contratante, requiriendo el reconocimiento de una mayor remuneración por cuanto las actividades a las que se encuentra obligado, no están cubiertas por la tarifa o en su defecto no son suficientes para cubrir sus costos. El tema se somete ante un tribunal arbitral por la existencia de la cláusula compromisoria.”

Conforme a este planteamiento, los aspectos centrales del caso recaen sobre un contrato estatal, específicamente un contrato de concesión, cuya remuneración se encuentra cubierta por la tarifa reconocida por la autoridad competente para la prestación del servicio público, pactada directamente en el contrato. El asunto radica en establecer si *¿es arbitrable la revisión del contrato estatal en el componente de la remuneración, cuando la misma se encuentra definida en un marco tarifario?*

2. Límites a la Justicia Arbitral- Arbitrabilidad *ratione materiae*

La posibilidad de someter las diferencias presentes o futuras a la decisión de los árbitros, se encuentra determinada en gran medida por la voluntad³ o el consentimiento de las partes, siendo éste un elemento esencial del pacto arbitral

³ En el arbitraje prima la autonomía de la voluntad de las partes. Dicha voluntad “se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud

del cual se deriva indiscutiblemente, su relación con el concepto de *libre disposición*. (Martínez N., N.H., 2013, p. 42)

Pero esta posibilidad que brinda la ley, encuentra condicionamientos importantes que no pueden perderse de vista, toda vez que, las partes sólo podrán someter al arbitraje, controversias que surjan de sus relaciones jurídicas, siempre y cuando: i) puedan disponer libremente del objeto del litigio (es decir, cuando tengan libertad para renunciar en todo o en parte), y en todo caso, ii) cuando la ley no limite materialmente la competencia del árbitro. Es decir, se podrá acceder a la justicia arbitral, siempre y cuando el objeto de litigio se encuentre dentro de la órbita de la *ratione materiae* sobre la cual pueden conocer y decidir los árbitros.

De manera que, el pacto arbitral única y exclusivamente será válido cuando: i) las partes gozando de su capacidad acuerden someterse al arbitramento y ii) el asunto de fondo sea susceptible de ser resuelto mediante arbitraje. De lo contrario, el pacto carece de validez, en la medida que los árbitros se verán imposibilitados para decidir sobre todo aquello que no puede ser objeto de libre disposición, en razón al interés general o público que lo justifica. (Pérez, D.C., 2018, p. 145)

De igual manera, en lo que respecta a las entidades estatales, por expresa disposición legal, el conocimiento, decisión y solución de las controversias en las que estas son partes, le corresponde al Juez de lo Contencioso Administrativo. No obstante, el legislador ha permitido que los árbitros conozcan de ciertos conflictos, hasta tal punto que se ha estructurado un andamiaje jurídico encaminado a promover dentro de las entidades estatales, el empleo de los diversos mecanismos de solución de controversias contractuales a fin de solucionar de una manera ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias que surjan de la actividad contractual en la que sean parte (art. 68, L80/93); sin desconocer la competencia primaria o preferente que aquella tiene sobre esos asuntos.

Con respecto a la arbitrabilidad *ratione materiae* u objetiva, es decir, a la materia que puede someterse al conocimiento y decisión de la justicia arbitral cuando una entidad pública es parte, debe hacerse notar que mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, si bien se reconoció la posibilidad de que las entidades públicas acudieran al arbitraje como un mecanismo alternativo a la solución de sus controversias, también se empezó a limitar su facultad. Fue así como, desde un principio, la facultad de conocer y dirimir las controversias por parte de los árbitros quedó excluida para temas como: las facultades exorbitantes de la administración, en especial aquellas relativas a la caducidad, la interpre-

del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido (integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral.” (Bello J., D., 2010, p. 39)

tación unilateral, la modificación y terminación unilateral; así como lo referente a la legalidad de los actos administrativos.

Asuntos que, por su naturaleza, no podían disponerse libremente, y por lo tanto, debían ser conocidos y decididos por su juez natural, es decir, de la jurisdicción contenciosa administrativa. Aún así, con posterioridad, tanto la jurisprudencia constitucional como contenciosa administrativa, fueron admitiendo la posibilidad de discutir ante la justicia arbitral las consecuencias económicas derivadas de las declaraciones de caducidad, reversión⁴, modificación o terminación unilateral de los contratos celebrados con la administración, tal y como se desprende del inciso 4º del artículo 1º, de la Ley 1563 de 2012.

Cabe advertir en todo caso que, las limitaciones que se han venido estableciendo a los jueces arbitrales en aquellos procesos en los que es parte una entidad estatal, no se configuran como una negación al acceso a una pronta y correcta justicia, pues, por el contrario, buscan preservar y salvaguardar el interés público que debe regir todas las actuaciones de estas entidades y los particulares que cumplen funciones públicas.

Ahora bien, es preciso indicar que de acuerdo al Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012, “[e]l tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia” (artículo 29), mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición en la primera audiencia de trámite⁵, siendo su decisión prevalente sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo.” Competencia que resulta de gran valor para resolver la problemática que aquí se presenta, pues tal y como se referirá más adelante, serán los árbitros los únicos competentes para decidir si conocen o no de las situaciones de insuficiencia en la remuneración alegadas por el concesionario, eso sí, atendiendo a las actividades que se encuentran o no incluídas dentro de la fórmula tarifaria.

⁴ En una de las sentencias que puso un punto final acerca de la competencia de los tribunales arbitrales con ocasión a la controversia por la reversión de los camiones compactadores al final de los contratos de concesión de área de servicio exclusivo de aseo celebrados, entre los operadores de aseo con el Distrito de Bogotá. El Consejo de Estado resolvió el recurso de anulación promovido por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, en el que se acusaba que los árbitros del caso habrían obrado sin competencia, pues no les era permitido revisar la legalidad de un acto que materializaba el ejercicio de un poder exorbitante. En la providencia, se precisó que los árbitros sí tienen competencia para pronunciarse acerca de los efectos económicos de actos administrativos que hagan efectiva la reversión de un contrato estatal. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. S11001-03-26-000-2016-00099-00 (57.422), 2016)

⁵ artículo 30, Ley 1563 de 2012.

3. Contratos de concesión de Servicios Públicos

Delanteramente puede sostenerse que el contrato como forma de negociación de interés no solo es una herramienta para la transferencia voluntaria de bienes y recursos⁶, también lo es para el mantenimiento de los mercados⁷. Así mismo, se ha encontrado que con el desarrollo de ciertos tipos de contratos la posibilidad de organizar y emprender la gestión pública del Estado, en lo particular mediante la colaboración de los particulares.

De este modo, el contrato de concesión, fue tempranamente comprendido como una especie de acuerdo cuyo objeto era el aprovechamiento de ciertos recursos que estaban en cabeza del soberano y era entregado a particulares para que los mismos “*explotarán el recurso*” a cambio de un tributo⁸.

En el derecho positivo colombiano, puede reseñarse el Decreto 222 de 1983 que en su artículo 82 dispuso como concesión a los contratos de obra pública, los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados al público.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 se definió el contrato de concesión como aquel negocio jurídico en virtud del cual, una entidad estatal con el objeto de otorgar a una persona denominada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación, conservación total o parcial, de una obra destinada al servicio público, por cuenta y riesgo del mencionado concesionario pero bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración o beneficio, en general cualquier contraprestación, según corresponda⁹.

⁶ Fried, C., 1991, p. 21:

⁷ Coleman, J., 2010, p. 54.

⁸ Sin detenerse en la historia acerca del contrato de Concesión se puede decir que el mismo emerge de la necesidad de poder contar con una herramienta que podría permitirle al Estado conceder el derecho de uso y explotación de un bien con titularidad del mismo, pero con el reconocimiento de una contraprestación por el mencionado aprovechamiento. Véase, Ruíz, O., A., 2006, p. 78.

⁹ Según la Corte Constitucional “Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración

Es del caso tener en cuenta que la posición actual de la jurisprudencia acerca de la naturaleza de la concesión como un mecanismo o instrumento idóneo para alcanzar los fines fijados al Estado, de manera que *“los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines”*¹⁰

Frente a los contratos de concesión en los que se desarrolla un servicio público, debe anotarse que se trata de una herramienta mediante la cual se transfiere al contratista el uso o explotación de un bien que es carácter público y que su administración, conlleva al desarrollo de actividades tendientes a satisfacer una necesidad de la comunidad. Tal es el caso de las concesiones del uso de espectro radio eléctrico o de infraestructuras que son propiedad del Estado, pero que su administración garantiza la prestación de un servicio público.

Dicho esto, el contrato de concesión se caracteriza por: i) tener por objeto ya sea, el otorgamiento de la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; o; la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; ii) comprender las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario; iii) la participación del concesionario en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar, derivadas de la explotación o de la prestación del servicio público; iv) ser objeto de vigilancia y control por parte de la entidad estatal que obra como concedente; v) la existencia de una remuneración o contraprestación que bien puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que le sea otorgada a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual.

Precisamente, será sobre ésta última característica que se centrará el presente escrito, con el objetivo de determinar si la justicia arbitral podría o no conocer y decidir sobre las controversias que sobre el particular se susciten.

3.1 Remuneración del concesionario prestador del servicio público

Los servicios públicos pueden ser considerados como el conjunto de actividades coordinadas para la satisfacción de ciertas necesidades básicas de una comunidad, para lo cual el Estado organiza, regula, interviene o presta de

que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” (Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996)

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

manera directa, con arreglo a la constitución y a la ley. El carácter de público de esta clase de servicios se asocia precisamente al deber contemplado en el artículo 365 de la Constitución. (Montaña, P., A, 2005, p. 101)

Ahora bien, la tarifa es el precio que deben reconocer los usuarios del servicio a favor de las empresas prestadoras, convirtiéndose en la principal forma de remuneración por la actividad desarrollada. Los modelos tarifarios, de ordinario, consisten en la definición de los denominados costos eficientes que redundan en el reconocimiento económico de la actividad que se ajusta al mejor modo de prestación. Con base a este concepto, los Estados por medio de las autoridades regulatorias definen un *techo* de referencia frente al cual, ningún prestador del servicio del segmento podrá superar. De este modo, se ajustan a los prestadores ineficientes para que adopten las medidas necesarias para reducir el costo del servicio y pueda transferirse al usuario las eficiencias de esta reducción por medio de una tarifa ajustada al límite o *techo*, e incluso menor al mismo.

El asunto radica en que, en toda tarifa, siempre se define un techo para la remuneración económica y de este modo, ningún prestador en su calidad de autoridad tarifaria del servicio pueda hacer un cobro mayor al definido por regulador. Con ello, se alienta a la eficiencia ligando el desempeño de las empresas prestadoras, simulando la competencia del mercado con los modelos económicos empleados para la definición de la tarifa. (Posner, R., 1992, p. 334).

Dicho esto, en el régimen tarifario colombiano, la definición de la tarifa bien puede ser producto del: i) régimen tarifario impuesto por las comisiones de regulación; o, ii) resultado de una fórmula tarifaria planteada por la autoridad tarifaria local y aprobada por la respectiva comisión de regulación.

En el primer caso, las respectivas comisiones de regulación, establecen los denominados marcos tarifarios, a través de los cuales, fijan la metodología que deberá ser empleada por los prestadores para calcular los costos de prestación del servicio; y a su vez, definen las reglas que se deben tener en cuenta para lograr unas condiciones adecuadas para la prestación de los servicios públicos, bajo criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

De manera que, es claro que, los prestadores de servicios públicos, al fijar las tarifas deberán considerar las reglas fijadas por los marcos tarifarios (metodologías y fórmulas), y considerar así mismo, e incluir, todos los costos requeridos para administrar, operar y realizar las inversiones que sean necesarias para reponer, rehabilitar y expandir los sistemas que emplean para prestar los respectivos servicios.

Con esta claridad, en nuestro caso¹¹, el servicio público lo presta una empresa prestadora en virtud de un contrato de concesión, en el cual la remuneración se encuentra amparada en la tarifa recaudada. De este modo, este reconocimiento puede estar asociado al régimen general tarifario en donde se adopta la regulación vigente y sus cambios o en su defecto, pudo haberse pactado la denominada tarifa de tipo “contractual”.

Frente a esta última, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, las empresas prestadoras de servicios públicos, que participen en procesos de invitación pública en donde tengan que efectuar la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios ofertados; tienen la posibilidad de presentar a consideración de la entidad contratante, fórmulas tarifarias que en todo caso deberán cumplir con los criterios establecidos en dicho marco normativo.

Lo anterior, no quiere decir que, estas fórmulas tarifarias escapen de la órbita de revisión que pueden ejercer las comisiones de regulación, pues bien pueden estas, efectuar modificaciones o revisiones cuando encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema, entre otras situaciones irregulares.

Tanto en uno como en otro régimen, les será exigido que al fijar las tarifas, distingan entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2¹². Claro está, cumpliendo con los topes máximos y mínimos tarifarios, establecidos por las comisiones de regulación, los cuales, son de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas prestadoras.

3.2 Regulación y Régimen tarifario Ley 142 de 1994

Como se puede observar, la remuneración del concesionario, en el caso expuesto se encuentra amparada en la tarifa del servicio público. Bajo este entendido, es necesario hacer algunas precisiones:

En primer lugar, un servicio puede ser calificado como público, si se constatan las siguientes condiciones: **(i)** está sometido a un régimen jurídico especial definido por el legislador; **(ii)** su prestación puede ser realizada por el Estado en gestión directa o indirecta o por los particulares o comunidades organizadas; **(iii)** su regulación, control y vigilancia está a cargo del Estado; y **(iv)** los usuarios tienen derecho de participar a través de sus organizaciones en la adopción de las medidas que los afecten, tal como se deriva del artículo 78 de la Constitución.

¹¹ Ver punto 1 del presente escrito.

¹² Artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

De igual manera, en virtud del artículo 334 constitucional, el Estado tiene el deber de intervenir estos servicios, en orden a la racionalización de la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades, los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Y es así, precisamente porque, al ser el servicio público un servicio afectado por el interés público, la regulación es un aspecto de alta importancia, y es el Estado el ente comprometido a proceder oportunamente con la regulación del servicio desde el momento preciso que se inicia la prestación del mismo. (Martínez, J.C., 2000, p. 24)

Y en ese sentido, es doctrina pacífica de la Corte Constitucional, concebir el régimen de los servicios públicos como un régimen constitucional especial¹³, resaltándose entre otras las sentencias C-483 de 1996, C-066 de 1997, C-389 de 2002, C-179 de 2005, y C-736 de 2007.

Como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, si bien es cierto que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, el logro de las finalidades sociales que justifican su prestación no está totalmente librada a las condiciones del mercado, por lo cual el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios públicos¹⁴:

“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)”.¹⁵

¹³ De acuerdo con la Corte Constitucional “4.2 Ahora bien, de esta reglamentación constitucional, de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que los servicios públicos ‘estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares;’ la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos...” [Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007]

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 2003.

¹⁵ Corte Constitucional Sentencia C-197 de 2012.

Según la Corte, para compatibilizar el régimen de libertades económicas con la cláusula de Estado Social de Derecho existen diversos mecanismos de intervención en la economía, y teniendo el Estado a su cargo la dirección general de la misma, es no sólo legítima su intervención en ciertos sectores, sino que en algunos eventos se hace necesaria con el fin de racionalizarla y conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de la población, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo¹⁶.

De la mano de lo anterior, la Corte Constitucional, seguida por el H. Consejo de Estado¹⁷, ha señalado que la regulación expedida por las comisiones de regulación de servicios públicos constituye una modalidad de intervención¹⁸ del Estado en la economía, que limita tanto la autonomía de la voluntad privada como la libertad económica de los prestadores de dichos servicios.¹⁹

En ese mismo sentido, ha señalado la Corte que la regulación de los servicios públicos es un tipo de intervención del Estado en la economía, que tiene por objeto, de una parte, garantizar la efectividad de los principios sociales establecidos en la Constitución, y de otro, la corrección de las fallas de los mercados²⁰. Del mismo modo, en sentencia C-1120 de 2005, advirtió la Corte, que las competencias regulatorias de las comisiones de regulación de servicios públicos, son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas con fundamento en lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución.

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que la regulación en materia de servicios públicos tiene una connotación imperativa en cuanto es una forma de racionalización de los fines estatales en el desarrollo de la prestación de estos servicios. Una conclusión preliminar permite advertir que, la misma se convierte en un genuino límite a la autonomía de la voluntad de los prestadores.

¹⁶ Corte Constitucional Sentencia C-263 de 2013.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera S. 11001032600020010003701 (20691), 2009.

¹⁸ Es así como en sentencia C-1162 de 2000, la Corte señaló que “...*la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación es una manifestación de la intervención estatal en la economía –una de cuyas formas es precisamente la regulación– cuya finalidad es corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios.*”

¹⁹ En sentencia C-615 de 2002, la Corte señaló que, por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, “*la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control.*”

²⁰ Corte Constitucional. sentencia C-150 de 2003.

Así pues, la tarifa es uno de los aspectos regulados que tiene como propósito definir el precio que los usuarios deben reconocer al prestador por los servicios que éste ejecuta. Sin entrar en los detalles de la misma, resulta suficiente considerar que los reguladores definen un sistema de techos o precios máximos del cual ningún prestador puede superar. Para tal efecto, se dispone de un marco tarifario, el cual define una metodología con los cuales se puede calcular los costos con los que se presta el servicio, generando condiciones favorables²¹ para el desarrollo de la actividad y cuya remuneración atiende entre otros, a los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia²².

Ahora bien, frente a los diferentes regímenes tarifarios, para los efectos de este escrito, y atendiendo al hecho que una disposición regulatoria resulta de inmediato cumplimiento por parte de los prestadores del servicio, sin dejarse de lado la posibilidad de que puedan haber supuestos en donde tenga lugar la denominada estabilidad regulatoria, podrían advertirse dos grandes categorías de regímenes tarifarios: i) generales; y, ii) exceptivos.

En un *régimen general*, las disposiciones regulatorias en el marco tarifario se adoptan de manera inmediata o conforme a las disposiciones de vigencia y aplicación definidas en la misma regulación. Por su parte, y entratándose del *régimen exceptivo*, se podría señalar el supuesto recogido en el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994²³, en donde la tarifa debe estar precedida de

²¹ En todo caso, regular el nivel de tarifas plantea un problema importante que debe tenerse en cuenta, pues una equivocada regulación podría o desincentivar la prestación del servicio o aumentar los costos para los consumidores. Al respecto Martínez, J.C (2000), siguiendo a Stiglitz (2000) quien propone dos formas para analizar la fijación de precios en un caso de monopolio natural “El criterio del first best (primer óptimo) lo que plantea es que para determinar el precio, este debe de igualar al costo marginal. Sin embargo, esto provocaría que las empresas no cubran sus costos medios por lo que incurrirían en pérdidas. En este caso se logra la maximización del excedente del consumidor pero se desincentiva a la producción del bien por parte de las empresas reguladas. El otro criterio es el del second best (segundo óptimo) el cual establece que si hay pérdidas estableciendo el precio igual al costo marginal, se debe buscar un precio que sea mayor a este costo marginal pero buscando que las disminuciones en el excedente del consumidor sean mínimos.” (p. 16)

²² El artículo 87 de la Ley 142 de 1994, indica que el régimen tarifario de los servicios públicos se encuentran orientados por criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

²³ Párrafo 1o. Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por

un diseño tarifario cuya composición por segmentos, modificación e indexación sean diferentes a los del marco tarifario vigente; claro está con estricta sujeción a los criterios establecidos en los artículos 86,87,89,90,91,92,93,94,95 y 96 de la Ley 142 de 1994.

En este último caso, la metodología empleada por el oferente en la configuración de la tarifa, que para estos efectos es considerada como una tarifa contractual, se somete al control del regulador a efectos de que sea aprobada y pueda ser cobrada a los usuarios del servicio. Su ventaja radica en que genera estabilidad en la proyección de los costos derivados de la ejecución del contrato de modo que, una modificación en la regulación tarifaria no afecte la estructura económica del contrato.

4. Solicitudes de revisión asociadas a la remuneración del concesionario

Ahora bien, el punto a tratar aquí es, determinar ¿Cuál es el conducto legal que debe seguir un concesionario - prestador de un servicio público que se encuentra en una situación en la que su remuneración no es suficiente para cubrir los costos de la prestación del servicio? Frente a esta cuestión se tienen dos posibilidades: 1. Solicitar la revisión del contrato de concesión ante el juez; 2. Solicitar una revisión de los costos ante el regulador del servicio ante una posible insuficiencia tarifaria²⁴.

Dicho esto, resulta importante cuestionarse ¿cuál es el criterio que incide en la definición de la senda jurídica a seguir? Pues bien, en primer lugar, debe considerarse que la articulación de la prestación de un servicio público garantizado por un contrato de concesión es una tarea que involucra la definición

segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga.

²⁴ Martínez, J.C. (2000) propone que las pérdidas en las que incurran los operadores o prestadores del servicio sean solucionadas por el regulador de dos formas: i) establecer un subsidio o transferencia igual al monto de la pérdida; o, ii) añadir al precio que se iguala al costo marginal, una cantidad destinada a cubrir los costos fijos. La primera solución, no alteraría los precios relativos, de manera que no se afectaría el comportamiento de los consumidores y no generaría deficiencias. (p. 16)

de los aspectos esenciales para el correcto desarrollo de la actividad contratada que, a su vez, debe ser compatible con los lineamientos y estándares establecidos por los organismos de control y vigilancia del servicio, como lo dispuesto en la regulación.

Asimismo, exige una estructuración económica que implique los costes de la ejecución del contrato y la tarifa²⁵ reconocida para la prestación del servicio. En este último punto, debe prestarse especial atención pues, remunerar un servicio público de actividades expresamente reconocidas en la regulación con cargo al presupuesto de funcionamiento de la entidad, puede resultar en una conducta constitutiva de un detrimento patrimonial con incidencia fiscal.

El asunto a dilucidar radica en las actividades específicas que se pide evaluar por parte del contratista. En efecto, si se trata de una actividad contemplada en la regulación y su contraprestación se encuentra dispuesta en el marco tarifario resulta del caso que, sea el regulador quien evalúe la insuficiencia tarifaria; pero si se trata de una actividad extra regulatoria y por tanto no amparada en la tarifa, es evidente que quien debe conocer de la controversia sería la justicia del contrato.

De manera que, bien podrían darse situaciones de controversia o reclamación por parte de los concesionarios cuando su remuneración se viera significativamente afectada, remuneración que, como se sabe, se encuentra sujeta a dos posibilidades a saber: i) la libre fijación de tarifas por parte de las prestadoras del servicio; y, ii) la fijación de fórmulas tarifarias, por parte de las Comisiones Reguladoras²⁶ (agua potable y saneamiento básico-CRA-, y energía y gas-CREG-). Pero además de ello, y de conformidad con lo que se ha expuesto hasta el momento, estas reclamaciones bien pueden tener origen en actividades tenidas o no en cuenta en la configuración de las tarifas.

²⁵ Pastor, C.; Serebrisky, T; y ; Suárez-Alemán, A, (2018), sostienen que una manera de recuperar los costos de operación del servicio, es el establecimiento de subsidios, que bien puede provenir de la comunidad o del gobierno: “Generalmente, los costos relativos a la provisión de estos servicios se cubren con una combinación de tarifas-ya sea por la cantidad consumida de un servicio o por su disponibilidad per se- y/o subsidios. Idealmente, la operación y financiamiento de los servicios públicos domiciliarios deberían lograr la recuperación de costos mediante la recuperación de costos mediante tarifas a los usuarios. Sin embargo, la sostenibilidad financiera puede alcanzarse complementando los ingresos provenientes de las tarifas por la prestación del servicio al usuario con aportes de la comunidad o el gobierno.” (p. 4)

²⁶ “[E]l regulador se enfrenta a la disyuntiva de fijar un precio que permita funcionar a las empresas reguladas (que cubra el costo de las mismas) pero que a su vez evitar que dichas empresas no tengan beneficios extraordinarios que hagan que el excedente del consumidor disminuya.” (Martínez, J.C, 2000, p. 15)

En ese sentido, el concesionario deberá solicitar una revisión de los costos ante el regulador del servicio ante una posible insuficiencia tarifaria, cuando las reclamaciones económicas guarden relación con actividades remuneradas por la tarifa; en el sentido que, es el regulador el único facultado para decidir sobre un aumento o no de los topes tarifarios máximos. Mal harían las partes en someter estos asuntos a la justicia arbitral, pues es claro que, su competencia estaría limitada *ratione materiae*, pues se trataría de un asunto privativo de las comisiones de regulación.

No obstante, y este es el segundo escenario, deberá solicitar la revisión del contrato de concesión ante el juez del contrato, cuando sus reclamaciones se justifiquen en asuntos o temas extra regulatorios definidos contractualmente, y que no pueden ser remunerados vía tarifa. En estos casos, bien podrá el juez arbitral, en caso de que se acuda a él, o el juez contencioso administrativo, definir si accede a las pretensiones del concesionario y ordena su debida remuneración.

Se tiene entonces que, en caso de acudirse a la justicia arbitral, con el ánimo de que se decida sobre una situación en la que la remuneración del concesionario no es suficiente para cubrir los costos de la prestación del servicio, será el propio tribunal arbitral quien haciendo uso de la capacidad que le ha sido exclusivamente²⁷ atribuida por ley, resolverá sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, tal y como lo prescribe el artículo 29²⁸ del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Y en ese sentido, podrán definir si conocen o se abstienen de conocer y decidir, considerando de antemano que, no podrá conocer de aquellas peticiones que versen sobre actividades que se encuentran claramente definidas en la tarifa, pues este campo, como se dejó claro, es exclusivo del regulador; quien deberá decidir si hay lugar o no a declarar una insuficiencia tarifaria.

Esto quiere decir que, aún cuando en principio no se tenga claridad sobre la procedencia o no de las pretensiones, bien pueden las partes someter al conocimiento de los árbitros estas situaciones de insuficiencia en la remuneración, pues serán los árbitros habilitados los únicos capaces de decidir sobre su propia competencia.

²⁷ De conformidad con el artículo 79 de la Ley 1563 de 2012, el tribunal arbitral el único competente para decidir sobre su propia competencia.

²⁸ Ley 1563 de 2012, Artículo 30. Primera audiencia de trámite. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, *en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición.*

Establecer si la reclamación de carácter económico del contrato es o no justiciable es el aspecto central de la decisión arbitral previo de cualquier otra definición. Es menester insistir sobre la especial consideración que tiene este tipo de casos en la justicia arbitral por las siguientes razones: 1. La competencia de los árbitros se encuentra claramente delimitada en los aspectos que se les haya facultado mediante la cláusula compromisoria; 2. Los árbitros solo pueden revisar aquellos aspectos que puedan ser dispuestos libremente por las partes; 3. Una decisión que sea proferida en el marco de un tribunal sobre aspectos de insuficiencia tarifaria cuya resolución corresponda al regulador queda sometida a los estrictos controles de la competencia que faculta a las partes a solicitar la anulación del laudo arbitral.

5. Entre el desequilibrio económico y la insuficiencia tarifaria

En el campo de los servicios públicos conforme la jurisprudencia citada a lo largo del escrito, precisa que la intervención del Estado en la economía no se produce únicamente “*mediante*” la Ley sino “*por mandato de*” ella, y para los fines allí previstos. Como lo ha sostenido la Corte, el hecho de que la regulación de los derechos y las libertades públicas esté en cabeza del Congreso de la República “(...) *no significa que todo acto de intervención estatal en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de las libertades económicas tenga que hacerse directamente por medio de la ley, pues precisamente el artículo 334 constitucional señala que el Estado intervendrá “por mandato de la ley (...) en los servicios públicos y privados”, en esa medida corresponde a la ley definir las finalidades, los instrumentos y las facultades de la intervención del órgano regulador.*”²⁹

En ese sentido, es claro que, tal y como se ha expuesto a lo largo de este escrito, en el campo de la prestación de los servicios públicos, el tema de la remuneración a través de tarifas se encuentra regulada por las comisiones de regulación, y por tanto, termina siendo una manera de intervención y control que efectúa el estado a través de estas unidades administrativas especiales³⁰.

²⁹ Corte Constitucional Sentencia C-186 de 2011.

³⁰ Ley 489 de 1998, artículo 48: “Las comisiones que cree la ley para la regulación, de los servicios públicos domiciliarios mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación.”

De modo que, termina siendo un ámbito sobre el cual las partes no pueden disponer libremente, tal y como se precisó en líneas anteriores al indicar que, si las reclamaciones hechas por el concesionario versan sobre aspectos relacionados con las actividades remuneradas por la tarifa; mal pueden las partes someter a arbitraje estas controversias. La solución o camino a elegir será acudir directamente ante la comisión de regulación respectiva para que sea ésta quien determine si hay o no lugar a modificar el tope tarifario establecido, a fin de superar la insuficiencia tarifaria en la que se encuentra sometido el concesionario.

Nótese que, en estos casos se hablaría de una insuficiencia tarifaria y no de un desequilibrio contractual, el cual, se daría en aquellos casos ocasionados por situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes que rompan con el equilibrio de las cargas contractuales que le corresponden a cada una de las partes.

Podría pensarse que una de las circunstancias que daría lugar a una revisión del contrato sería los riesgos regulatorios. Siendo el caso en que un contrato de concesión amparado por tarifa se vea afectado por la expedición de un acto regulatorio que modifique su esquema de costos. Frente a este particular, la composición de la tarifa debe, en todo caso, remunerar aquellos aspectos esenciales del servicio y, si existe identidad de estas prestaciones y su remuneración tarifaria, el paso a seguir sería el de considerar si es insuficiente para el servicio, de modo que, podría activarse la revisión de costos en una actuación particular frente al regulador con el lleno de los requisitos legales.

Ahora bien, en aquellas situaciones en donde existan actividades o servicios extra regulatorios que no son remunerados vía tarifa, dado que se encuentran en el contrato y no en la regulación; se trata de una situación diferente. Aquí las partes pactaron de mutuo acuerdo ciertos procesos que de algún modo se solapan con la tarifa en general. Sin embargo, no deja de ser cierto que son el resultado de la libre configuración del contrato estatal.

Frente a esta última hipótesis, serían los árbitros quienes deben valorar la incidencia de esas actividades en gracia de revisar, si dichas actividades alteran el equilibrio contractual. En efecto, en aquellos temas o asuntos extra regulatorios, pueden considerarse si concurren los elementos necesarios para configurar y decretar un desequilibrio contractual, y en consecuencia, condenar a su restablecimiento, precisamente porque se trata de actividades dispuestas por la liberalidad de la entidad contratante, quien debe estar consciente que, la remuneración tarifaria está dispuesta para ciertas actividades y no para cualquier otra que se ocurra, incluir en el pliego de condiciones.

Este ejercicio, por supuesto, requiere de analizar la naturaleza de la actividad o el conjunto de ellas que son objeto de reclamación y establecer: 1. El objeto

de la reclamación: la forma en que ha planteado el contratista la reclamación frente a las actividades que están a su cargo, de modo que se trate de un caso en el que se pide de su contraparte cubra los costes asociados a estas prestaciones; 2. El fundamento de la reclamación: Las razones de trasladar estos costes del contratista al contratante son de gran variedad, a modo de referencia se podría señalar de alguna situación extraordinaria, imprevista e imprevisible, y en todo caso, posteriores a la celebración del contrato³¹, con el potencial de incidir negativamente en la remuneración del contratista; 3. La naturaleza de la prestación: Se debe dilucidar si la actividad o prestación se encuentra reconocida dentro de la regulación tarifaria, pues no todo servicio prestado tiene una contraprestación por parte del esquema; 4. La competencia organica para dirimir el cubrimiento del costo asociado: Es el contratante o el esquema tarifario, es decir, los usuarios del servicio quienes deben asumir los costes del servicio, asunto que, debe ser resuelto antes de que se adopte cualquier decisión en relación al traslado de cargas económicas del concesionario – prestador del servicio. Con esta claridad, resulta posible que, se pueda dilucidar a cuál autoridad le corresponde resolver la solicitud de revisión económica.

Así, por principio un servicio que tiene una remuneración reconocida en la regulación tarifaria no podría ser asumido con el presupuesto de la Entidad, precisamente por que la actividad desarrollada se encuentra amparada bajo un régimen que debe garantizar la cobertura de los costos reales en la prestación del servicio en las respectivas formulas regulatorias. De este modo, el prestador debe administrar el riesgo del desarrollo de la actividad y ajustar sus procedimientos de manera eficiente para que los mismos puedan ajustarse al modelo tarifario.

Pero si, por el contrario, la actividad dispuesta en el contrato no tiene una remuneración en el modelo tarifario, en principio se trata de un aspecto que no

³¹ “no [se] descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección B. 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912), 2014)

haría parte del modelo económico de la tarifa, frente a lo cual, es preciso que si se debe desarrollar esta actividad el asunto de si debe ser o no el contratante quien debe asumir estos costes es de competencia del juez del contrato.

Incluso, pueden coexistir de manera paralela trámites asociados a la revisión de costos del servicio y un trámite arbitral, tal como sucedió en la controversia de los servicios prestados en el Relleno Sanitario Doña Juana en la ciudad de Bogotá. En efecto, el concesionario del servicio en el mes de abril de 2015 convocó al trámite arbitral para dirimir las diferencias que se habrían presentado en el marco del contrato 344 de 2010. Por su parte, cuando el trámite estaba en curso, se pidió de la Comisión de Regulación Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA– dar apertura a una actuación administrativa tendiente a la modificación del costo económico de referencia de las actividades de Disposición Final –CDF y de Tratamiento de Lixiviados –CTL³², de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 5.2.1.1. de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Resolución CRA 271 de 2003.

Así, mediante Resolución CRA 843 de 2018 se reconoció la modificación de costos a favor del concesionario, lo cual significó un aumento en la tarifa reconocida por sus servicios. Por su parte, mediante laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 se resolvió la controversia, en una decisión absolutamente favorable a la entidad contratante, en este caso la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos.

El asunto que debe llamar la atención radica en que, los aspectos asociados a la remuneración del concesionario – prestador de servicio no fueron objeto de cuestionamiento en el marco del tribunal por lo que pudo resolverse sin incurrir en una falta de competencia por parte de los árbitros. Asimismo, los recursos necesarios para garantizar la efectiva prestación del servicio fueron sometidos al regulador, quien al advertir que, dentro de su modelo económico y dadas las particularidades de la ciudad de Bogotá frente a las demás ciudades y municipios en cuanto al servicio complementario de aseo, resolvió autorizar un aumento en el precio techo tarifario a favor del prestador del servicio público.

Aunque debemos resaltar que el establecer si la reclamación redunda o no en aspectos regulatorios en el marco de un tribunal arbitral, dependerá en buena medida si es ostensible que dicha actividad se encuentra amparada en el modelo tarifario, lo cual, en la mayoría de los casos no resulta ser así. Por esta razón, una de las conductas del tribunal será la de dilucidar esta

³² Se refiere a los servicios complementarios del servicio de aseo reconocidos en la Resolución 720 de 2015.

situación mediante la consecución de pruebas necesarias para resolver sobre su propia competencia, lo cual en el espacio legal dispuesto sería la audiencia primera de trámite, puede ser que, por la complejidad del asunto esto pueda ser uno de los aspectos a revisar en el laudo arbitral que ponga fin a la controversia.

Conclusiones generales

En asuntos en los cuales, el concesionario reclama una insuficiencia en su remuneración, deberá determinarse la naturaleza de las actividades que afectan la situación económica del contratista. Solo así, podrá aceptarse posteriormente la competencia arbitral para conocer y decidir sobre estos asuntos. Será éste y no otro, el criterio a tener en cuenta a la hora de solicitar, ya sea una revisión del contrato de concesión ante el juez; o una revisión de los costos ante el regulador del servicio ante una posible insuficiencia tarifaria.

Habrá lugar a solicitar una revisión del contrato de concesión ante el juez del contrato, sea este el juez contencioso administrativo o arbitral, cuando las actividades generadoras de la problemática económica del concesionario, no hayan sido tenido en cuenta a la hora de fijar las tarifas, pero sí hubiesen sido contempladas en el contrato. En estos casos, podrán las partes disponer sobre las mismas y someterlas al conocimiento del juez arbitral, quien podrá o no acceder a las pretensiones, y en algunos casos, declarar o no que se restablezca el equilibrio contractual.

Por su parte, habrá lugar a solicitar una revisión de los costos ante el regulador del servicio ante una insuficiencia tarifaria, cuando las actividades objeto de reclamación se encuentren definidas o incluidas en las tarifas. En estos casos, no le será permitido al juez arbitral decidir sobre el particular, pues será el regulador, quien defina si hay lugar o no a subir los topes máximos fijados, en caso de encontrar justificadas las reclamaciones hechas por el concesionario prestador del servicio.

Dada la dificultad que puede conllevar la definición de la naturaleza de las actividades que originan las reclamaciones de los concesionarios; dentro del proceso arbitral se sugiere que esta determinación sea llevada a cabo en el laudo arbitral. Lo anterior, teniendo en cuenta que en este punto pueden existir mayores elementos de juicio que permitan determinar con mayor exhaustividad y profundidad si esas actividades encuentran relación o no con las actividades objeto de remuneración vía tarifa. El punto clave de la convocatoria será, dar certidumbre sobre la causa de la insuficiencia, precisando que la misma se origina por actividades no remuneradas por la tarifa.

Referencias bibliográficas

Libros y artículos

BELLO J., D. (2010) *Conflictos transfronterizos y arbitraje internacional*. En Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos: Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Ed. Reus. pp 336.

COLEMAN, Jules. (2010) *Riesgos y Daños*, Barcelona. Marcial Pons.

FRIED, Charles. (1991) *Contract as promise*. Harvard, Boston.

MARTÍNEZ, Juan Carlos. (2000) ¿Captura del regulador? Fallas en la regulación de las tarifas eléctricas. ISBN 8468933171, 9788468933177, pp. 82.

MARTÍNEZ N., N.H. (2013). *El pacto arbitral*. En C.C. Arbitraje, Estatuto Arbitral Colombiano (p. 592). Bogotá: Legis.

MONTAÑA P, Alberto (2005) *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

PASTOR, Cinthya; Serebrisky, Tomás.; y, Suárez-Alemán, Ancor. (2018). *Impuestos a los servicios públicos domiciliarios en América Latina y el Caribe: Un análisis descriptivo de las tasas sobre los servicios de agua y electricidad*. Ed. Inter-American Development Bank. pp. 30.

PÉREZ A., Diana Carolina. (2018) *La imposición de multas en los contratos estatales por los jueces arbitrales*. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 47 Enero-Junio. pp. 139-166.

POSNER, Richard. (1992) *Economic Analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, Boston, Toronto, London.

RUIZ Ojeda, Alberto. (2006). *La concesión de obra pública*. Thomson Civitas, Pamplona Navarra.

Jurisprudencia

COLOMBIA, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (11 de noviembre de 2009) Sentencia 11001032600020010003701 (20691) [C.P. Myriam Guerrero De Escobar]

_____ Subsección B. (27 de marzo de 2014) Sentencia 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912) [C.P. Danilo Rojas Betancourth]

_____ Subsección C. (31 de octubre de 2016) Sentencia 11001-03-26-000-2016-00099-00 (57.422) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. (6 de septiembre de 2000) Sentencia C-1162 de 2000 [M.P. José Gregorio Hernández.]

_____ (8 de agosto de 2002) Sentencia C-615 de 2002 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.]

_____ (28 de agosto de 2003) Sentencia C-741 de 2003 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.]

_____ (25 de febrero de 2003) Sentencia C-150 de 2003 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.]

_____ (1 de noviembre de 2003) Sentencia C-1120 de 2005 [M.P. Jaime Araujo Rentería.]

_____ (19 de septiembre de 2007) Sentencia C-736 de 2007 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.]

_____ (16 de marzo de 2011) Sentencia C-186 de 2011 [M.P. Humberto Sierra Porto.]

_____ (14 de marzo de 2012) Sentencia C-197 de 2012 [M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.]

_____ (8 de mayo de 2013) Sentencia C-263 de 2013 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.]

Tribunal Arbitral Tribunal de Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. ESP contra Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP. (27 de septiembre de 2018) Proceso referencia de Cámara de Comercio 2015-3958. [Arbitros: Manuel Urueta Ayola; Lorenzo Villegas Carrasquilla; Jaime Humberto Tobar Ordoñez]

Normatividad

COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 222 DE 1983 (6 de febrero de 1983) “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.”

COLOMBIA, ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia, 1991.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993 (28 de octubre de 1993) “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”

_____ Ley 142 de 1994 (11 de julio de 1994) “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”

_____ Ley 1563 de 2012 (12 de julio de 2012) “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.”

