

LUZ MÓNICA HERRERA ZAPATA
JORGE MURGUEITIO CABRERA
SANDRA MILENA ORTIZ LAVERDE
Coordinadores

I
Las TIC y las
telecomunicaciones
y el derecho a la
competencia

Las TIC y la SOCIEDAD DIGITAL

Doce años después de la ley

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ / Director

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

(DIRECTOR)

LUZ MÓNICA HERRERA ZAPATA

JORGE MURGUEITIO CABRERA

SANDRA MILENA ORTIZ LAVERDE

(COORDINADORES)

LAS TIC Y LA SOCIEDAD DIGITAL DOCE AÑOS DESPUÉS DE LA LEY

TOMO I

LAS TIC Y LAS TELECOMUNICACIONES

Y EL DERECHO A LA COMPETENCIA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Las TIC y la sociedad digital [e-book] : doce años después de la ley. Tomo I, Las TIC y las telecomunicaciones y el derecho a la competencia / Edgar González López (director) ; Luz Mónica Herrera Zapata, Jorge Murgueitio Cabrera, Sandra Milena Ortiz Laverde (coordinadores) ; presentación Hernando Parra Nieto ; Karen Cecilia Abudinen Abuchaibe [y otros]. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

1 recurso electrónico (1036 páginas) : gráficos ; Altura del libro

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587907261 (e-book)

1. Tecnologías de la información y la comunicación – Legislación – Colombia 2. Tecnologías de la información y la comunicación -- Innovaciones tecnológicas – Colombia 3. Telecomunicaciones – Legislación – Colombia 4. Brecha digital -- Aspectos económicos – Colombia 5. Accesibilidad a Internet – Colombia 6. Redes de telecomunicaciones -- Aspectos jurídicos -- Colombia I. Herrera Zapata, Luz Mónica, coordinadora II. Murgueitio Cabrera, Jorge, coordinador III. Ortiz Laverde, Sandra, coordinadora IV. Parra Nieto, Hernando, presentación V. Universidad Externado de Colombia VI. Título

LE303.4833 SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca.

noviembre de 2021

ISBN 978-958-790-725-4

e-ISBN 978-958-790-726-1

- © 2021, ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ (DIRECTOR)
© 2021, LUZ MÓNICA HERRERA ZAPATA, JORGE MURGUEITIO CABRERA
Y SANDRA MILENA ORTIZ LAVERDE (COORDINADORES)
© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (601) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2021

Corrección de estilo: José Curcio Penen

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CAPÍTULO 4

*Una reflexión sobre la reforma
a la Ley de TIC: bondades, vacíos y críticas**

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ **

SUMARIO

Introducción. 1. Bondades de la reforma. 1.1. La nueva regulación del espectro radioeléctrico. 1.2. La convergencia de los servicios de telecomunicaciones y la incorporación parcial de los servicios audiovisuales en la ley. 1.3. Estructura y nuevas funciones de la CRC. 1.3.1. En cuanto a la Sesión de Contenidos audiovisuales. 1.4. Régimen de contraprestación única periódica. 2. Vacíos y críticas. 2.1. La ausencia marcada de regulación de las TIC que no correspondan a telecomunicaciones y la falta de competencia de las autoridades en el sector. 2.2. La promoción de la inversión como principio prevalente en la interpretación de la Ley TIC y de las telecomunicaciones. Dificultades en su aplicación. 2.2.1. Nuevo contenido del principio de promoción de la inversión y su vinculación con el concepto de maximización del bienestar social. Problemática. 2.2.2. La promoción de la inversión, y la certidumbre y seguridad jurídicas. 2.2.3. El principio de promoción de la inversión como criterio prevalente de interpretación de la ley. 3. La omisión del legislador para delimitar la competencia de la CRC en la resolución de controversias. Los diferentes criterios en la interpretación de las normas nacionales y andinas para distinguirla de la función jurisdiccional. 4. Los servicios de televisión y su régimen dual. Dificultades en su aplicación. 4.1. El régimen de habilitación para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida. La dificultad para su aplicación. 4.1.1. El régimen de transición de habilitación para los servicios de televisión abierta radiodifundida, según el artículo 10.º modificado de la Ley 1341 de 2009. 4.1.2. El régimen de transición para los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida. 5. Otras consideraciones. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) Ley 1978 de 2019, servicios OTT, competencias.

* Este artículo se realizó con la colaboración de los doctores Cristina Gómez Gracias y Camilo Rodríguez Yong.

** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Es Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Correo electrónico: egonzalezlopez2011@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN

En el año 2009 se promulgó la Ley 1341 que derogó el antiguo Estatuto de las Telecomunicaciones consagrado en el Decreto Ley 1900 de 1990. Esta ley tuvo como propósito regular el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y, de esa manera, consolidar las sociedades de la información y del conocimiento. Como característica singular, el legislador tuvo como objetivo regular en forma integral los sectores de telecomunicaciones y de TIC, involucrando el primero en la definición del segundo.

Como un primer balance a los diez años de expedida esta ley, podría afirmarse que este objetivo no se cumplió y que subsisten en la práctica dos regímenes jurídicos distintos, con independencia de que en el concepto jurídico de las TIC se incorporen las telecomunicaciones¹. Esta situación obedece no solamente a razones históricas, fundadas en la fuerte intervención a las telecomunicaciones y una mínima, o inexistente, regulación e intervención sobre las TIC.

La razón fundamental se deduce del contenido de las normas legales: mientras que, como ya se señaló, las telecomunicaciones se caracterizan por una fuerte intervención del Estado, surgida además de su calificación como servicio público, y por incorporar unos derechos y, especialmente, unas obligaciones con mayores cargas económicas², los operadores de TIC, que no son telecomunicaciones, tienen un escenario de escasa regulación³. En síntesis, porque la misma Ley 1341 de 2009 claramente establece dos regulaciones distintas para cada uno de estos sectores.

Como muestra de ello se observan las características propias de las telecomunicaciones: su calificación de servicio público con los efectos jurídicos y el sustento constitucional que ello implica; el régimen de contraprestaciones a cargo de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST)

1 Artículo 6.º de la Ley 1341 de 2009.

2 El régimen de contraprestación que deben cancelar al Fondo Único de TIC (Fontic); la contraprestación por el uso del espectro si se requiere, en los términos del artículo 13 de la Ley 1341 de 2009; los costos por el funcionamiento de la CRC. En el caso de la televisión abierta radiodifundida, entre otros, los contenidos de producción nacional, un régimen de protección de usuarios más específico que el consagrado en la ley de protección al consumidor, el régimen de interconexión de redes y acceso.

3 En especial, el artículo 4.º de la Ley 1341 de 2009 que establece los fines de la intervención del Estado en el sector de las TIC.

que deben pagar sobre los ingresos brutos por la explotación del servicio; su sumisión a la regulación de la CRC; la contraprestación por el permiso para el uso del espectro y demás cargas económicas, y el régimen de protección de usuarios exclusivo para estos servicios. No parecen necesarios mayores comentarios para evidenciar que, a pesar de la intención del legislador, en la práctica se siguen consagrando regulaciones distintas en cada uno de estos sectores.

A los diez años de expedición de la Ley 1341 el Congreso de la República expidió la Ley 1978 de 2019, cuyo objetivo era la modernización del sector, tal como se evidencia con claridad del epígrafe que establece: “Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones”.

En términos generales, se promocionó la Ley 1978 de 2019 como una herramienta necesaria y esencial para que los colombianos pudieran disfrutar de los beneficios de la conectividad y de la economía digital⁴, y para ello persiguió los siguientes objetivos específicos: i) alinear los incentivos de los agentes y autoridades del sector de las TIC; ii) fortalecer la seguridad o certidumbre jurídica; iii) simplificar y modernizar el marco institucional del sector; iv) concentrar las inversiones con miras a cerrar la brecha digital y promover la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos, y v) aumentar la eficiencia del pago de las contraprestaciones y cargas económicas de los agentes del sector⁵.

El objetivo principal de este artículo es analizar si las finalidades señaladas realmente se cumplen o pueden cumplirse con el contenido de la reforma, para lo cual es necesario presentar un balance de las bondades, vacíos y críticas de las principales instituciones reguladas.

Los ejes temáticos que se analizarán son los siguientes:

En cuanto a las bondades, se pueden mencionar: la nueva Regulación del Espectro Radioeléctrico (ERE)⁶ y la mayor duración, ahora de veinte años, para los permisos de uso; la incorporación, así sea parcial, en la ley

4 Exposición de motivos. Proyecto de Ley n.º 152 de 2018 Senado. *Gaceta del Congreso* n.º 745 del 21 de septiembre de 2018.

5 Artículo 1.º Ley 1978 de 2019.

6 Sobre las características del espectro puede consultarse: A. FAJARDO MURIEL. “El espectro radioeléctrico en la Ley 1341 de 2009”, en E. GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), S. M. ORTIZ LAVERDE y L. M. HERRERA ZAPATA (coords.). *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las*

de los servicios audiovisuales, aunque resulta claramente insuficiente; el fortalecimiento de las funciones de la CRC para incorporar dentro de sus competencias los contenidos audiovisuales y un régimen de contraprestaciones único para los PRST.

En cuanto a los vacíos y críticas, se pueden mencionar: la ostensible e inexplicable omisión de una regulación de las TIC y de las autoridades que pudieran tener facultades sobre ellas, para garantizar el derecho a la competencia y la protección de usuarios; la regulación de un nuevo principio denominado promoción de la inversión, elevado además a criterio prevalente de interpretación de la ley, con las posibles dificultades en su aplicación y las controversias sobre su constitucionalidad, en tratándose de los servicios públicos de telecomunicaciones; la desafortunada y dispersa regulación de los servicios audiovisuales; la omisión del legislador para delimitar la competencia de la CRC en la resolución de controversias, teniendo en cuenta los diferentes criterios en la interpretación de las normas nacionales y andinas para distinguirla de la función jurisdiccional, y la consagración de un régimen dual para los servicios de televisión, especialmente en lo referido al régimen de habilitación para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida y su “régimen de transición”.

Finalmente, se presentan unas breves consideraciones sobre la confusa distribución de funciones de inspección, vigilancia y control en los servicios de televisión entre el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) y la Agencia Nacional del Espectro (ANE); la dudosa constitucionalidad de la facultad para establecer prohibiciones de cara a la reserva de ley en materia de potestad sancionatoria y la falta de fortalecimiento de las funciones sancionatorias del órgano regulador.

Como fuentes primarias y secundarias se tendrán en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la doctrina nacional, incluidos los pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y la doctrina extranjera.

I. BONDADES DE LA REFORMA

I. I. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ESPECTRO
RADIOELÉCTRICO

La reforma atiende claramente al objetivo de potenciar la vinculación del sector privado en los términos esbozados en su artículo 1.º. En efecto, al garantizar el uso de este recurso escaso ya no durante diez años sino durante veinte, mediante el permiso para su uso, renovable por períodos de hasta veinte años⁷, se otorgan condiciones de estabilidad y permanencia a los PRST, especialmente de servicios móviles, quienes son los agentes esenciales para la conectividad en la cadena de valor de los otros agentes del sector de las TIC.

Resulta legítimo y conducente, tanto para estos operadores como para el desarrollo del sector de telecomunicaciones, que los planes de expansión y cubrimiento tengan una visión mayor en el tiempo como lo establece la ley.

De otra parte, en cuanto a su formulación teórica, nada habría que objetar al hecho de que la ley ratifique que la contraprestación económica por la utilización del ERE puede pagarse parcialmente, hasta un 60% del monto total, mediante las obligaciones de hacer, previamente autorizadas por el Mintic, para ampliar la capacidad, calidad y cobertura del servicio, siempre y cuando se trate de poblaciones apartadas, pobres y vulnerables, escuelas y bibliotecas públicas, o para prestar servicios de emergencias a través de sus redes.

Todo dependerá de que efectivamente estas obligaciones de hacer se cumplan de manera oportuna y eficiente, y tendrá un papel fundamental la supervisión del Mintic y, en forma adicional, la interventoría⁸ técnica, administrativa y financiera que contrate el ministerio para tal fin.

En su concepción teórica, para que las obligaciones de servicio público se puedan cumplir a través de estos PRST, el mecanismo resulta válido, y el futuro dirá si corresponde a un mejor instrumento de los contratos de aporte que venía celebrando el Mintic, previo proceso de licitación, para ampliar la cobertura y cumplir las metas del servicio universal. Sin embargo, debe recordarse que las experiencias anteriores, cuando los operadores móviles

7 Artículo 12 de la Ley 1341 de 2009.

8 Sobre las diferencias entre los conceptos de supervisión e interventoría en los contratos estatales cfr. Los artículos 82 a 85 de la Ley 1474 de 2011.

en su inicio tuvieron a su cargo el cumplimiento de obligaciones de hacer, no fue la más afortunada, y terminó la autoridad pública asumiéndolas bajo las condiciones posteriores pactadas con estos particulares.

Las mayores expectativas para que la ley sea realmente el vehículo que permita cumplir los beneficios de la conectividad y de la economía digital están centradas en dichas obligaciones de hacer de los PRST, y en la eficiente gestión que realice el MINTIC para alcanzar ese cometido.

De todas maneras, no resulta afortunada la multiplicidad de criterios establecidos en el artículo 13 de la ley para fijar el valor de la contraprestación que deben cancelar los PRST, y su ambigüedad y generalidad dejan un marco de las mismas características para que la autoridad establezca esos valores, que van a ser, en últimas, las bases para cuantificar y determinar las obligaciones de hacer que deben cumplirse en los distintos municipios del territorio nacional que cumplan con las características señaladas.

Se mencionan, entre otros criterios, el fomento a la inversión, la maximización del bienestar social, el estado de cierre de la brecha digital, y sigue la enumeración con la cita más técnica del ancho de banda asignado, el número de usuarios potenciales, la disponibilidad del servicio, los planes de expansión y cobertura, la demanda por el espectro y su disponibilidad, y culmina el contenido de la norma afirmando que también se tendrá en cuenta “... cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del valor que debe recibir el Estado por la utilización del espectro radioeléctrico”.

No consideramos necesario ahondar en estas críticas, pues de la simple lectura de los múltiples criterios, varios con alto grado de carácter subjetivo, y en algunos casos contrarios, se puede concluir que existe un excesivo y peligroso margen de discrecionalidad para cuantificar la contraprestación económica, sujeto no solo a criterios técnicos, lo cual podría propiciar controversias sobre los procesos de selección objetiva que se adelanten para adjudicar este recurso escaso.

Esos mismos criterios ambiguos, generales y, en algunos casos, contradictorios, también serán tomados en cuenta para asignar, mediante selección objetiva el uso del espectro, según el artículo 11, lo cual muestra la incertidumbre en la regulación emanada de, tal vez, la institución más importante del sector de las telecomunicaciones: el espectro radioeléctrico como un recurso escaso. Pero, además, se trata de un mandato constitucional consagrado en el artículo 75 para que en el uso de este bien público se garantice la igualdad de oportunidades en su acceso y se eviten prácticas monopolísticas.

Hubiera sido más sensato y acorde a la regulación de estas actuaciones (valor de la contraprestación y asignación del ERE) vincularlas a criterios técnicos concretos y no a la enumeración contraria a la lógica de lo razonable que establece la ley.

Una clara muestra de lo anterior corresponde a la definición de lo que debe entenderse por Maximización del Bienestar Social (MBS) en el acceso y uso del ERE. Este criterio debe ser tomado en cuenta para su asignación, según el artículo 13 y, obviamente, resulta fundamental definir su contenido.

En su sentido literal, la maximización se refiere a la optimización, o a hacer o intentar algo que alcance su máximo rendimiento⁹. Por su parte, el bienestar social comprende, para el caso de autos, la cobertura social, la asistencia pública o el bienestar público¹⁰.

Contrario al mismo principio que pregona la ley de seguridad y certidumbre jurídica, y aplicable al valor de la contraprestación económica y a la adjudicación y uso del espectro, la ley define la MBS con criterios de una amplitud desbordante y, además, de contenido simplemente enunciativo, pues expresamente señala que son factores “principalmente” tomados en cuenta para entender este concepto.

Así, el párrafo tercero del artículo 11 de la ley señala:

Se entiende como maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico, principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios. Lo anterior, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales y las recomendaciones de la UIT. En cualquier caso, la determinación de la maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico estará sujeta a valoración económica previa.

En este marco se entenderá por MBS principalmente la ampliación de la cobertura y el despliegue y uso de redes e infraestructuras. Pareciera que estos criterios no resultan consonantes con el concepto lógico y el sentido de lo que es el bienestar social, ni con lo que establece la ley en relación con

9 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., disponible en [<https://dle.rae.es/maximizar?m=form>], consultada el 10 de julio de 2020, y [<https://synonyms.reverso.net/sinonimo/es/maximizaci%C3%B3n>], consultada el 10 de julio de 2020.

10 Cfr. [<https://synonyms.reverso.net/sinonimo/es/bienestar+social>], consultada el 10 de julio de 2020.

las obligaciones de hacer de estos PRST, pues dichos criterios no necesariamente se encuentran referidos a cobertura del servicio en poblaciones pobres y vulnerables o en zonas apartadas o en escuelas y bibliotecas públicas de zonas rurales, o para prestar redes de emergencia.

En efecto, la ampliación de cobertura y el despliegue de redes e infraestructura por dichos operadores generalmente se presentan en las zonas comerciales y residenciales rentables de las principales ciudades del país. En ese sentido, y recogiendo la enunciación de la ley, se podría concluir que estas ampliaciones de cobertura corresponden a la maximización del bienestar social, lo cual resulta claramente contrario a los fines y contenido de la ley y de la cobertura que se pretende para el servicio universal.

A nuestro juicio se quieren resaltar las sustanciales imprecisiones en estos criterios que deben ser tomados en cuenta para el acceso al uso del ERE, y para cuantificar la contraprestación, en especial, las obligaciones de hacer, que pueden corresponder hasta al 60 % del monto total. Esta situación puede conllevar dificultades para que efectivamente se otorgue igualdad de oportunidades a los operadores en su uso, y para evitar prácticas monopolísticas pues, además, resulta, si no el que más, uno de los elementos esenciales en el modelo de gestión de competencia del servicio de telecomunicaciones.

1.2. LA CONVERGENCIA DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y LA INCORPORACIÓN PARCIAL DE LOS SERVICIOS AUDIOVISUALES EN LA LEY

En el párrafo de su artículo 1.º la Ley 1341 de 2009 señalaba expresamente que el servicio de televisión no se encontraba regulado en la ley. Así mismo, entre las funciones de la CRC, el numeral 4 del artículo 22 consagraba su competencia para regular las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, "... con excepción de las redes destinadas principalmente para servicios de televisión radiodifundida...", con la conclusión de que dichas redes sí podían ser objeto de regulación si no se destinaban principalmente al servicio de televisión, lo cual ameritó su análisis por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2010.

Posteriormente, aunque la Ley 1507 de 2012, que creó la antigua Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), mantuvo el régimen anterior de televisión consagrado en las leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001, en su artículo 12 le otorgó competencias a la CRC, bajo una norma bien extraña

y contraria a la claridad y certeza, para que las mismas funciones de regulación establecidas en la Ley 1341 de 2009 pudiera ejercerlas en relación con los servicios de televisión. Además, le confirió otras funciones descritas en la Ley 182 de 1995.

Este parámetro mostraba la dispersión de las normas y las dificultades en la interpretación de la regulación de los servicios de televisión pues, además, resulta evidente que el régimen de televisión previsto básicamente en la Ley 182 de 1995 está desactualizado frente a la realidad vigente del sector, y a las facilidades técnicas para suministrar contenidos audiovisuales y aún servicios de TIC, que son sustitutos de la televisión clásica¹¹.

El parágrafo del artículo 1.º de la Ley 1341 de 2009, que fue objeto de modificación por la nueva ley, señala que al servicio de televisión abierta radiodifundida le será aplicable esta ley en las disposiciones específicas expresamente señaladas para estos servicios.

Esta regulación no es la mayor fuente de certidumbre, pues deja a criterio del intérprete no solo las normas aplicables sino su consonancia con el régimen general de televisión de la Ley 182 de 1995 que, como se mencionó, no es adecuado para las actuales circunstancias, en cuanto a su avance tecnológico y al fenómeno de la convergencia de redes, de servicios y de industrias.

De todas maneras, debe abonarse como un primer intento de elaborar una ley que permita una regulación, en parte convergente, acorde y uniforme para todos los servicios de telecomunicaciones, incluida la televisión. La ley incorpora este servicio en la aplicación de los principios¹², en un régimen confuso de habilitación general y su régimen de transición¹³, en el registro único de TIC¹⁴, en las competencias de MinTIC, especialmente relacionadas con las concesiones¹⁵, en la regulación de la Sesión de Comisión de Conteni-

11 Se hace referencia a los servicios *Over The Top* (OTT). No resulta entendible que en la exposición de motivos de la reforma se aluda a la aparición de estos nuevos actores que han impactado la competencia y que, al parecer, corresponden a una de las razones en las cuales se sustenta la necesidad del marco jurídico actual. En realidad, si por algo se caracteriza la reforma es por su ausencia casi absoluta de la regulación de los operadores de TIC y su referencia en mayor parte al sector de telecomunicaciones. Este punto se analizará al revisar los vacíos y críticas al contenido de la modificación.

12 Artículo 3.º de la Ley de TIC.

13 Artículos 10.º y 33 de la Ley de TIC.

14 Artículo 15 de la Ley de TIC.

15 Artículo 18, numerales 23 a 26, de la Ley de TIC.

dos Audiovisuales¹⁶, en la contribución a la CRC¹⁷, en las funciones del Fondo Único de TIC, en el pago de la contraprestación¹⁸ de manera uniforme, en el procedimiento de interconexión, en las concesiones de espacios de televisión en el canal nacional de operación pública¹⁹, en las funciones de inspección, control y vigilancia de la ANE²⁰, y en las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), como autoridad única de protección de la competencia en el sector TIC.

No obstante, y como se verá a continuación, la incorporación de los servicios audiovisuales a la Ley de TIC no fue la más afortunada, pues al tiempo que dejó vigente el régimen anterior de la Ley 182 de 1995, realizó modificaciones parciales, y distribuyó entre varias autoridades competencias que no resultan claras ni congruentes.

1.3. ESTRUCTURA Y NUEVAS FUNCIONES DE LA CRC

Entre los avances de la Ley 1978 de 2019 en cuanto a la estructura de la Comisión, se destacan, en primer lugar, el haberla dotado de personería jurídica, lo cual implica convertirla en centro de imputación de derechos y obligaciones²¹, lo que le permite actuar más eficazmente y, en segundo lugar, la reiteración de que no está sujeta a ningún control jerárquico o de tutela²².

16 Artículo 22, numerales 25 a 30, de la Ley de TIC.

17 Artículo 24 de la Ley de TIC.

18 Artículos 34 a 36 de la Ley de TIC.

19 Artículo 34 de la Ley 1978 de 2019.

20 Artículo 36 de la Ley 1978 de 2019.

21 “Los ordenamientos jurídicos occidentales han optado por dotar al Estado y a sus entidades territoriales de personalidad jurídica [...] Es en virtud de dicha habilitación normativa que el conjunto (sociedad) se diferencia de sus partes (los socios que la integran), y puede contraer obligaciones y ejercer derechos, e incluso, al poder comprometerse, se constituye en responsable ante la generación de daños. En otras palabras, el derecho hace posible que atributos que se han reconocido como propios de las personas naturales se extiendan a los denominados ‘entes morales’, viabilizando que estos sean parte de relaciones jurídicas”: J. I. RINCÓN CÓRDOBA. *Teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 88 y 89.

22 En el ámbito nacional, la doctrina no había sido ajena al estudio de la estructura de la CRC. Al respecto se han presentado análisis críticos que han concluido que existía una inconsistencia entre sus facetas organizacional y funcional, lo cual hacía necesaria la reestructuración de la Comisión para garantizarle una verdadera autonomía y la atribución de garantías estatutarias aptas para el ejercicio pleno de sus competencias regulatorias. En ese sentido cfr. C. PERDOMO VILLAMIL. *La*

No obstante, la independencia del regulador sigue siendo limitada porque la Comisión está conformada por dos sesiones, la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales y la Sesión de Comisión de Comunicaciones, y el ministro de las TIC hace parte de la segunda. Esta situación pone en evidencia que subsiste un asiento político en la toma de unas decisiones²³ que deberían ser técnicas y neutrales²⁴. Adicionalmente, es aquella sesión la que elige el director ejecutivo del regulador²⁵.

Toda norma que coadyuve a la autonomía de esta autoridad debe ser bienvenida, aunque es preciso reconocer que sigue siendo insuficiente su facultad de actuar y decidir libremente sin la intervención del MinTIC, en

dimensión organizativa del regulador de las comunicaciones en Colombia. Panorama actual y propuestas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 147 y ss.

- 23 Por disposición del numeral 20.1 del artículo de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales ejercerá las funciones descritas en los numerales 25, 26, 27, 28 y 30 del artículo 22 de la misma ley. Ello quiere decir que la Sesión de Comisión de Comunicaciones ejercerá 25 de las 30 funciones que le asigna la ley al regulador y, en consecuencia, la mayoría de las decisiones serán tomadas por solo una de las sesiones.
- 24 “La afirmación de que las autoridades administrativas de regulación deban contar como requisito *sine qua non*, para el ejercicio de sus funciones, con independencia y autonomía frente a las autoridades estatales y frente a los agentes regulados, en modo de no aceptar o recibir instrucciones externas en relación con la ejecución de las tareas que le han sido asignadas por ley, es un postulado ampliamente afirmado en la doctrina y la legislación comparada. Este requisito es un reconocimiento al carácter técnico, especializado y complejo de la labor que realizan las Autoridades Administrativas de Regulación, para que sus decisiones tengan como presupuesto y garantía la independencia y neutralidad política de sus actuaciones, en especial, la de regulación *ex ante* del mercado y la de solución de controversias entre las empresas del sector”: E. GONZÁLEZ LÓPEZ. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 68.
- 25 Es importante citar los comentarios preliminares de la OCDE al proyecto de ley. Presentó reparos a la financiación de la CRC en los siguientes términos: “El regulador debería ser financiado de manera independiente del Ministerio. Establecer que el ‘Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones’ está adscrito al MinTIC pero que, además, su objetivo es apoyar las actividades y la capacidad administrativa y técnica del MinTIC y la Agencia Nacional del Espectro, y la mejora de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones, podría causar un conflicto entre la financiación de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones y otras instituciones. Los artículos 21 y 22 deberían diferenciar la financiación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y las otras entidades que operan en el sector, especialmente aquellas que son parte del gobierno, para evitar que el gobierno controle indirectamente la financiación del regulador y afecte su independencia”: Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). “Comentarios preliminares al proyecto de ley para la modernización del sector TIC”, disponible en [<http://www.partidocambioradical.org/wp-content/uploads/2019/03/Comentarios-OCDE-Proyecto-de-Ley-Modernizacion-del-Sector-TIC-final.pdf>], consultada el 20 de julio de 2020.

especial, en la Sesión de Comisión de Comunicaciones, que es la dependencia que mayores funciones ostenta y ejerce.

1.3.1. EN CUANTO A LA SESIÓN DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES

La Sesión de Contenidos estará compuesta por un comisionado elegido por los operadores públicos regionales del servicio de televisión, un comisionado de la sociedad civil y un comisionado del sector audiovisual²⁶.

Al respecto debe acotarse que esta democratización de los nombramientos, fórmula heredada de la CNTV y la ANTV, podría suponer el sacrificio del carácter técnico de la función. Además, la posibilidad de que uno de los regulados –los operadores públicos regionales del servicio de televisión– elija a su regulador supone el riesgo de su captura.

La formulación teórica de la elección mediante concurso público de los miembros de esta Sesión parece resultar acorde con el principio democrático y tener eco en algunos sectores de la opinión pública. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que esta fórmula por sí sola no garantiza la idoneidad y experticia de los comisionados. La anterior afirmación tiene como punto de partida las dificultades de eficiencia en las funciones de la antigua ANTV, cuyos miembros se elegían de forma similar por disposición de la Ley 1507 de 2012, pues ciertas críticas a su funcionamiento obedecían a que, además del gerente, algunos miembros de la Junta de la ANTV ejercían en forma simultánea funciones de administración y ejecución.

Con las dificultades y críticas respecto de la composición anterior de la CRC, lo cierto es que la multiplicidad de disciplinas que tenían los comisionados, generalmente un profesional del derecho, un ingeniero y un economista, garantizaba el cúmulo de saberes para su mejor funcionamiento. Esta fórmula habría podido implementarse en la Sesión de Contenidos Audiovisuales, acorde con el conocimiento que se debe tener sobre el sector, sin acudir a la amplia gama de profesiones que se incorpora en la reforma legal. Se trata de que los comisionados tengan, en general, un gran conocimiento del sector y, adicionalmente, la experticia jurídica, técnica y financiera.

26 Artículo 20.1 de la Ley 1341 de 2009.

I.4. RÉGIMEN DE CONTRAPRESTACIÓN ÚNICA PERIÓDICA

Igualmente, para establecer una convergencia en cuanto a las cargas económicas, el artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 consagra que, una vez finalizado el período de transición para los operadores de los servicios de televisión abierta radiodifundida, les será aplicable la misma contraprestación causada sobre los ingresos brutos que se generen por la provisión de sus redes y servicios, a que se refieren los artículos 10.º y 36 de la Ley 1341 de 2009.

Esta contraprestación periódica a favor del FONTIC resulta esencial para garantizar las obligaciones de servicio universal que tiene a su cargo este fondo y que están descritas en el artículo 35 de la ley.

2. VACÍOS Y CRÍTICAS

2.1. LA AUSENCIA MARCADA DE REGULACIÓN DE LAS TIC QUE NO CORRESPONDAN A TELECOMUNICACIONES, Y LA FALTA DE COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES EN EL SECTOR

Sorprende que en la reforma a la Ley TIC no exista casi ninguna norma que, por lo menos, establezca su marco regulatorio, en especial, sobre el derecho a la competencia y la protección de los usuarios. Así mismo, resulta difícil de explicar que la denominada Ley TIC y su reforma no haya consagrado funciones a las autoridades del sector sobre estas tecnologías. Si se observa el contenido de la reforma, se advierte que está limitada a instituciones propias del sector de telecomunicaciones, como el ERE, los servicios de contenidos audiovisuales, las funciones de inspección, vigilancia y control, y las nuevas funciones de la CRC y del Mintic.

Se trata de una grave omisión que no se compadece con las características del sector relacionadas con el avance tecnológico y la convergencia de servicios, de sectores y de industrias. Los operadores de TIC que no son telecomunicaciones han tenido un avance impresionante en el desarrollo de la economía digital y en el cambio del régimen tradicional de protección a la competencia. No se trata solamente de los servicios *Over the Top* (OTT), que proveen prestaciones sustitutas de quienes prestan servicios de telecomunicaciones.

Lo que realmente ha sucedido es que se han creado nuevos mercados digitales que se alejan de los modelos de negocio tradicionales y que se caracterizan por ser mercados multilaterales o de dos lados, con facultades para la fijación del precio, con clara tendencia a acaparar el mercado (*winner takes all*), que presuntamente ofrecen servicios en forma gratuita, aspecto muy controvertido frente al valor de los datos que recogen de los usuarios, y que, finalmente, prestan sus servicios a través de plataformas tecnológicas.

Esta realidad es inadvertida por el legislador en la reforma, y preocupa el control de acceso a los bienes y servicios de estos operadores de plataformas y que, obviamente, afectan el derecho a la competencia y la protección de los usuarios, los cuales se encuentran en una situación de ausencia total de regulación específica.

En este marco de omisiones se agrega que la ley no se preocupó por otorgarle funciones expresas y claras a las autoridades del sector, en especial, a la CRC, que funge como el regulador, no de las telecomunicaciones sino de las TIC. Se busca que el regulador se empodere con esta función y no necesariamente que expida una regulación, pues frente al contenido incierto de estos servicios y sus avances tecnológicos, es claro que no se debe regular lo que todavía no ha tenido completo desarrollo y no es suficientemente conocido en su contenido.

De forma que se presentarán controversias jurídicas sobre el alcance de las funciones, en especial de la CRC, sobre las TIC que no sean telecomunicaciones. Aunque algunas de las disposiciones que consagran sus funciones podrían ser objeto de interpretación respecto de la competencia para regular a estos operadores en el marco de la promoción de la competencia y la maximización del bienestar de los usuarios, lo cierto es que la reforma legal parece expreso eliminar cualquier alusión a servicios distintos a las telecomunicaciones²⁷.

27 El numeral 1 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 establecía como funciones de la CRC establecer un régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios sin distinción, lo cual, dado el ámbito de aplicación de la ley, podría considerarse que se refiere al sector de las TIC. Sin embargo, la Ley 1978 de 2019, en forma sorprendente, señala al inicio del texto que las funciones de la CRC se refieren a la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, incluyendo las distintas modalidades del servicio de televisión, y a continuación las enumera, al parecer, limitadas al sector de telecomunicaciones.

Tampoco resulta una disculpa señalar que estos mercados se caracterizan por la extraterritorialidad y su globalización, pues, por el contrario, es necesario dotar a las autoridades, como la CRC, de competencias en el sector de las TIC y no solo de telecomunicaciones, para que se planteen estrategias internacionales y multilaterales entre los diferentes Estados con el fin de entender y descubrir las estrategias que permitan el desarrollo armónico de dicho sector en un marco de competencia hasta donde sea posible, pero, más importante aún, los derechos de los usuarios.

En efecto, a pesar de que el epígrafe de la reforma de la ley establece expresamente que se trata de una norma por medio de la cual “se moderniza” el sector de las TIC, su contenido se enfoca en la regulación de temas tradicionales de comunicaciones y en la reorganización institucional de las autoridades llamadas a desarrollarlo y supervisarlos.

Así, la ley desarrolla las siguientes temáticas: i) el régimen aplicable para los servicios postal, de radiodifusión sonora y televisión abierta radiodifundida, así como de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones; ii) los principios orientadores de la ley; iii) la intervención del Estado; iv) los criterios de interpretación de la ley; v) la regulación de la habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones; vi) el uso del espectro radioeléctrico; vii) el registro único de TIC; viii) el objeto y las funciones del Mintic; ix) la regulación de la CRC; x) el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; xi) la articulación del plan de las TIC con el plan de educación y demás planes sectoriales; xii) el plazo de negociación directa para la solución de controversias en materia de interconexión; xiii) los derechos de los usuarios; xiv) el procedimiento sancionatorio; xv) las reglas para los procesos de asignación; xvi) el establecimiento de cargas u obligaciones diferenciales en zonas de servicio universal; xvii) el servicio de televisión; xviii) el espectro radioeléctrico; xix) las funciones de la Agencia Nacional del Espectro; xx) las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia; xxi) el pago del pasivo pensional de extrabajadores de Inravisión; xxii) la supresión y liquidación de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV); xxiii) las transferencias a la Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC) (art. 45), y xxiv) los criterios para establecer la entrada en vigencia de las modificaciones realizadas por la ley. Como se puede observar, aunque la Ley 1978 de 2019 buscó la modernización del sector de las TIC, pareció limitarse al marco institucional del sector y al funcionamiento de sus aspectos tradicionales, especialmente

las telecomunicaciones y la televisión²⁸. De suerte que, aun con la expedición de la Ley 1978 de 2019, el régimen de los servicios de las TIC continúa siendo un marco regulatorio limitado a una serie de principios orientadores y propósitos que legitiman la intervención del Estado en la materia.

Varios legisladores hicieron alusión a esta ausencia en el contenido de la Ley 1978 de 2019, en especial, referida a la situación de los servicios de OTT y proveedores de contenidos²⁹⁻³⁰⁻³¹.

28 Frente a la diferencia entre los servicios de TIC y de comunicaciones cfr. E. GONZÁLEZ LÓPEZ y C. GÓMEZ GRACIA. “Regulación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. ¿Utopía o realidad?”, en L. F. MORENO CASTILLO (dir.) y L.A. ORTIZ ZAMORA (coord.). *Anuario Iberoamericano de Regulación: hacia una regulación inteligente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019. Cfr., igualmente, E. GONZÁLEZ LÓPEZ. “Los principios generales y los principios orientadores en la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, en E. GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), S. M. ORTIZ LAVERDE y L. M. HERRERA ZAPATA (coords.). *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC (Ley 1341 de 2009)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

29 El senador Jorge Enrique Robledo Castillo indicó: “Ese su aspecto principal, entonces, ella dirá seguramente aquí no, es que cosas como el Netflix, etcétera, sobre esas cosas no nos metemos, etc.; es que señora Ministra también se legisla o se determina por omisión, porque esta norma ha debido regular las relaciones con esos sectores de la economía, pensando en el interés nacional y no se hace de manera calculada; porque mientras los demás tienen una serie de controles, ellos son el libertinaje, ni impuestos tienen que pagar este tipo de organizaciones económicas trasnacionales. Enfatizo este es el aspecto principal del negocio”.

30 La senadora Griselda Lobo Silva señaló durante el debate legislativo: “Uno que llama la atención en la omisión sistemática del papel de las OTP, en este nuevo esquema, nosotros no sabemos aún, el mundo entero está descubriéndolo en este instante; exactamente qué se le puede pedir a proveedores tan disímiles en su naturaleza como Apple TV, Amazon Prime, YouTube y Netflix, por qué un control muy agresivo puede dar al traste con la maravilla de la colectividad que es precisamente la libertad creativa que provee. Es importante que al menos se garantice que Colombia, va a estar atenta en los avances que se realizan a nivel internacional, para estar a tono con un mundo que todavía no tiene una cara definida. Muchísimas gracias Señor presidente”.

31 La senadora Aída Avella manifestó en su intervención: “El problema de la comunicación nunca ha sido técnico, sino de contenido y de identidad cultural. Por eso me uno a las voces de quienes plantean, que nuestra cultura debe tener un puesto de excepción en todos estos canales, una ley disfrazada de convergencia, en realidad se trata de una ley de semiconvergencia; para hablar de convergencias hay que tener un solo ente regulador y hay que incluir a la OTT. Señora ministra, por un lado, la propuesta de ley no pretende dejar un solo ente regulador, por fuera quedan las agencias nacionales del espectro y por el otro, no bastan la televisión y las TIC, si no incluyen a las grandes empresas de comunicaciones digitales, para que paguen impuestos y que por sobre todo aporten al FONTIC”.

En efecto, la ley no se refirió a las situaciones de competencia generadas por los servicios OTT³² para avanzar en la adopción de una profunda y verdadera modernización en la regulación de las TIC³³.

Ahora bien, la no inclusión de normas sustanciales en materia de TIC en la Ley 1978 de 2019 no parece responder a una circunstancia accidental. En la propia exposición de motivos se reconoció que existe una convergencia tecnológica y de mercados, en la cual hay una prestación integrada de servicios de voz, Internet de banda ancha y televisión a través de redes comunes. Con todo, se señalaron las dificultades del país para establecer un marco acorde a la convergencia tecnológica y de mercados:

Como consecuencia de lo anterior, la entrada de nuevos actores que compiten en el sector ha tenido efectos sobre los ingresos de los operadores de telecomunicaciones:

32 “Los servicios OTT [...] compiten de manera directa con los *servicios* ofrecidos tradicionalmente por las compañías de telecomunicaciones –voz, mensajería y TV paga– sin una regulación establecida; y porque son controlados por compañías de alcance global y solidez financiera –Google, Facebook, Microsoft–, fabricantes de productos electrónicos de consumo –Apple, RIM– y empresas de medios de comunicación –Sony Music, Universal–”: R. A. TABARQUINO MUÑOZ. “Los principios rectores de política pública de acceso y equidad como dimensiones de red de política pública de las TIC en Colombia 2009–2018”, *Estudios Políticos*, n.º 55, 2019.

33 En el caso de la Unión Europea, en 2018 se adoptó el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas a través de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018. Allí se señaló: “La convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información supone que todos los servicios y las redes de comunicaciones electrónicas deben estar sometidos en la medida de lo posible a un único código europeo de las comunicaciones electrónicas establecido mediante una Directiva única, salvo los asuntos que se gestionen mejor con normas aplicables directamente establecidas mediante reglamentos. [...] es necesario separar la regulación de los servicios y las redes de comunicaciones electrónicas de la regulación de los contenidos. Por consiguiente, la presente Directiva no cubre el contenido de los servicios prestados a través de las redes de comunicaciones electrónicas utilizando servicios de comunicaciones electrónicas, tales como los contenidos de radiodifusión, los servicios financieros y determinados servicios de la sociedad de la información, y se entiende sin perjuicio de las medidas adoptadas a nivel de la Unión o nacional en relación con dichos servicios, de conformidad con lo dispuesto en el Derecho de la Unión, con el fin de promover la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación. [...] Los servicios utilizados en las comunicaciones y los medios técnicos empleados para ello han evolucionado considerablemente. Los usuarios finales sustituyen cada vez más la telefonía vocal tradicional, los mensajes de texto (SMS) y los servicios de correo electrónico por servicios en línea de función equivalente, como voz sobre IP, servicios de mensajería y servicios de correo electrónico basados en la red. Para garantizar que los usuarios finales y sus derechos estén eficaz y equitativamente protegidos cuando utilicen servicios de función equivalente, una definición de los servicios de comunicaciones electrónicas que vaya a utilizarse en el futuro no debe basarse puramente en parámetros técnicos, sino más bien en un planteamiento funcional”.

la competencia y la disrupción de servicios *Over-The-Top* (OTT) han ejercido presiones sobre los precios, además de incrementar los costos de inversión como consecuencia del crecimiento exponencial de la demanda de Ancho de Banda y la velocidad requerida para acceder a estos servicios por parte de los usuarios.

Con el fin de responder a este conjunto de cambios en la cadena de valor, diferentes países han adoptado medidas de transformación normativas e institucionales. Sin embargo, al analizar el marco institucional y normativo del sector TIC en Colombia, es claro que el mismo no se encuentra adecuado para responder de manera integral a la convergencia tecnológica y de mercados. El proyecto de ley propuesto busca modernizar la institucionalidad para que sea acorde con las situaciones descritas³⁴.

Como se observa, se reconoce que el marco institucional y normativo del sector TIC en Colombia no está adecuado para responder de manera integral a la convergencia tecnológica y de mercados. Sin embargo, no se incluye la consecuencia obvia que resulta de esta realidad, esto es, la necesidad de su adecuación y cambio. Simplemente se menciona que el proyecto busca modernizar la institucionalidad para estar acorde con las situaciones descritas, lo cual, como se expresó, no se encuentra en el contenido del proyecto que culminó con la reforma legal.

La falta de una regulación en materia de TIC que no sean telecomunicaciones no se compadece con las temáticas propias de la realidad social y del desarrollo de la economía digital y sus mercados. Aplicaciones como Skype, Netflix, Uber, Rappi y Zoom, solo por nombrar algunas, son utilizadas con frecuencia y masivamente por los ciudadanos. Así lo reconoce a nivel nacional el estudio realizado por la CRC en 2019, a propósito de los servicios OTT³⁵.

34 Exposición de motivos. Proyecto de Ley n.º 152 de 2018 Senado. *Gaceta del Congreso* n.º 745 del 21 de septiembre de 2018.

35 Frente al uso de los servicios OTT a nivel internacional la doctrina especializada ha señalado: “En este primer capítulo se presenta el avance de los servicios OTT de voz, mensajería y audiovisual a nivel mundial y regional, así como algunas proyecciones para los próximos años. [...] Según estimaciones de Statista (2019), se espera que el mercado de servicios OTT audiovisual a nivel global alcance ingresos totales por 158,8 mil millones de dólares en 2024. Esto representa una Tasa de Crecimiento Anual Compuesta (TCAC) proyectada del 13,4% a partir de 2019, año en el cual los ingresos se estimaron en 84,8 mil millones de dólares (ver gráfica 1). [...] Entre los proveedores de servicios OTT audiovisuales de pago, Netflix era el de mayor [...], El número de usuarios de servicios de OTT audiovisuales gratuitos sobrepasa considerablemente los de servicios OTT audiovisuales pagos. Solo YouTube posee más de 2 mil millones de usuarios activos mensuales globalmente e ingresos anuales por concepto de publicidad estimados para el 2020 en cerca de 12 mil millones de dólares. A nivel global, había más de 2,6 mil millones de usuarios de servicios

Lo que se hubiera esperado de la exposición de motivos es el análisis de estos sectores de la economía digital y las conclusiones de las normas que permitieran, por lo menos, en una regulación *ex ante*, promover la competencia y la defensa de sus usuarios, en especial, sobre la calidad de los servicios de TIC y sobre sus datos.

Situaciones surgidas con ocasión de la pandemia han reafirmado la importancia de las TIC en la vida actual, pues se convirtieron en una herramienta

OTT audiovisuales por mes a noviembre de 2019, esperándose que dicho flujo ascendiera a los 3,1 mil millones en 2020, llegando a cerca del 40% de la población mundial. [...] En América Latina, se estima que el 45,3% de la población utilizó el servicio de OTT audiovisual regularmente durante 2019 y se espera que esta penetración aumente al 48,2% en 2023, alcanzando un total de 317,9 millones de usuarios (ver gráfica 3). También se estima que cerca del 40% de la población accedió a este tipo de contenidos a través de un teléfono móvil inteligente en 2019. [...] Por otra parte, en América Latina a finales de 2019 había poco más de 68 millones de suscriptores de televisión paga, 4 millones menos que el año anterior. A pesar de la disminución del número de suscriptores a ritmos del 1,4% trimestralmente, los consumidores aún consideran que los contenidos audiovisuales ofrecidos por proveedores OTT son un complemento de la oferta de televisión por suscripción, en vez de un sustituto. [...] En relación con las aplicaciones de mensajería móvil, WhatsApp fue la aplicación más utilizada mensualmente a nivel mundial con 2 mil millones de usuarios, seguido de Facebook Messenger con 1,3 mil millones de usuarios (ver gráfica 4). Ambas aplicaciones pertenecen a Facebook. Muchas de estas aplicaciones de mensajería ofrecen servicios adicionales, como chats grupales, intercambio de imágenes, videos y mensajes de audio, así como llamadas de voz y video llamadas, cerradas a los usuarios de la aplicación. Estas aplicaciones y sus diversos servicios adicionales han sido acogidos por los usuarios como una alternativa con mayores funcionalidades a los mensajes SMS ofrecidos por los operadores de servicios móviles tradicionales. Adicionalmente, y debido a la pandemia del Covid-19, y sobre todo a las medidas de cuarentena impuestas por diferentes gobiernos, las aplicaciones de videoconferencia, tanto para teletrabajo como para entretenimiento, han visto un crecimiento significativo en los primeros meses del 2020. Por ejemplo, las descargas de aplicaciones como Skype, Houseparty y Zoom, aumentaron más del 100% en marzo. Zoom solamente fue descargada 27 millones de veces en marzo, en comparación con 2,1 millones en enero de 2020 [...] En América Latina, a 2015 el 68,1% de los usuarios de Internet móvil utilizaban aplicaciones de mensajería para comunicarse. Según Statista, este porcentaje se proyectó a 77,4% al cierre de 2019, equivalente a más de 330 millones de usuarios [...] En conclusión, sigue aumentando la adopción de servicios OTT en América Latina. Por su parte, los servicios OTT audiovisual de pago seguirán creciendo, pero a tasas cada vez menores (pasando del 3,1% en 2020 al 1,9 en 2023) conforme el mercado se vaya saturando. A 2023 se espera una penetración del 48% de estos servicios con 318 millones de suscriptores. No obstante, estas proyecciones se realizaron en el contexto pre-Covid-19, por lo que en próximos meses es probable observar un incremento en el año 2020 respecto de lo inicialmente previsto. En cuanto a las aplicaciones de mensajería, las cuales también permiten otros servicios, como llamadas de voz, videollamadas, mensajes de audio, etc., cerca del 80% de los usuarios de Internet móvil en América Latina hacen uso de estos servicios”: Comisión de la Regulación de Comunicaciones. *El rol de los servicios OTT en el sector de las comunicaciones en Colombia –año 2019*, 2019, pp. 7-11, disponible en [https://www.crcm.gov.co/uploads/imagenes/files/ESTUDIO-OTT-COLOMBIA.pdf].

fundamental para evitar la paralización de la actividad económica, social, política y jurídica del país.

Como se indicó en la propia exposición de motivos de la Ley 1978 de 2019, la aparición de nuevos actores en el sector de las TIC, como los servicios OTT, han impactado la competencia y el nivel de ingresos de los servicios tradicionales de comunicaciones. Lo anterior, teniendo en cuenta que, al estar basados en tecnologías diferentes, los servicios de OTT son prestados bajo un régimen jurídico y ámbito de control distinto y más laxo que el aplicado a los prestadores de los servicios tradicionales de comunicaciones³⁶, lo que finalmente les permite utilizar modelos de negocio que no están habilitados para estos últimos³⁷.

2.2. LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN COMO PRINCIPIO PREVALENTE EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY TIC Y DE LAS TELECOMUNICACIONES. DIFICULTADES EN SU APLICACIÓN

Los principios cumplen importantes funciones dentro de los ordenamientos jurídicos: permiten interpretar las reglas jurídicas, son una fuente integradora del derecho y sirven de base a todo el ordenamiento³⁸.

36 TABARQUINO MUÑOZ. Ob. cit.

37 Frente a la importancia de regular nuevas tecnologías cfr. G. E. MARCHANT. “The growing gap between emerging technologies and the law”, en G. E. MARCHANT, B. ALLENBY y J. HERKERT (eds.). *The growing gap between emerging technologies and legal-ethical oversight*, Dordrecht, New York, Springer, 2011.

38 En esa dirección, la Corte Constitucional ha indicado: “Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho, como ocurre, por ejemplo, con los contratos, el matrimonio, la responsabilidad o el ejercicio del poder público en sus distintas expresiones. De donde resulta que, en cumplimiento de esta función, los principios se convierten en el punto cardinal que sirve de orientación para la aplicación de las innumerables reglas jurídicas que se apoyan sobre unos mismos valores que las explican, justifican y las dotan de sentido. En cuanto a su función como instrumento para la interpretación, esta Corporación ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. [...] Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada

La Ley 1341 de 2009 se caracteriza por incorporar una serie de principios orientadores que sirven, entre otras funciones, para determinar el alcance de sus disposiciones y de las obligaciones y derechos que se derivan de ellas.

Dentro de ese marco, con la expedición de la Ley 1978 de 2019 no solo se aumentó el número de principios consagrados originalmente en la Ley 1341 de 2009, sino también se profundizó en algunos de ellos. Actualmente, la ley consagra los principios de: i) prioridad al acceso y uso de las TIC; ii) libre competencia; iii) uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos; iv) protección de los derechos de los usuarios; v) promoción de la inversión; vi) neutralidad tecnológica; vii) derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC; viii) masificación del Gobierno en Línea; ix) promoción de los contenidos multiplataforma de interés público, y x) acceso a las TIC y despliegue de infraestructura.

Con relación a este grupo de principios, resulta pertinente referirse en particular al de promoción de la inversión, el cual fue ampliamente desarrollado a través de varias disposiciones de la Ley 1978 de 2019^[39].

una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social. El ordenamiento jurídico crea así un mecanismo que le permite a todos los operadores y, en especial, a los jueces, resolver los problemas que escapan a la previsión humana en el momento de expedir los correspondientes estatutos normativos dirigidos a regular su comportamiento, o que se presentan como nuevos, en atención al desarrollo progresivo de la sociedad y a la exigencia de darle una respuesta jurídica a las múltiples necesidades que en esta se presentan”: Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. Cfr. Igualmente, J. F. BARTH. “Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís)”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 108, septiembre-diciembre de 2005, pp. 192-193.

- 39 Pueden señalarse las siguientes: i) el artículo 3.º, que consagra la promoción de la inversión como uno de los principios rectores de la Ley 1341 de 2009; ii) el artículo 4.º, que establece como una de las finalidades para la intervención del Estado en las TIC garantizar el uso adecuado y eficiente del espectro radioeléctrico, respetando el principio de protección a la inversión; iii) el artículo 7.º, que establece dentro de los criterios de interpretación de la ley el principio de promoción de la inversión; iv) el artículo 9.º, que consagra dentro de los criterios para otorgar la renovación del permiso para el uso del espectro los planes de inversión y la expansión de la capacidad de las redes. Igualmente, dispone que la renovación del permiso debe ser compatible con incentivos adecuados para la inversión; v) el artículo 10º, que enlista el fomento a la inversión como criterio para determinar la contraprestación económica por la utilización del espectro radioeléctrico; vi) el artículo 13, que identifica como objetivos del MinTIC el diseño, formulación, adopción y promoción de políticas, planes, programas y proyectos del sector de las TIC, lo anterior, con el fin de promover la inversión; vii) el artículo 14, que consagra como función del MinTIC la asignación del espectro radioeléctrico, con el propósito de incentivar la inversión; viii) el artículo 15, que autoriza a la CRC a adoptar una regulación que promueva la inversión, y ix) el artículo 21, que establece dentro de los principios del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las

El contenido y la importancia del principio de promoción de la inversión en el campo de las TIC fue resaltado en la Ley 1978 de 2019, lo cual parece concordante con su propósito de reducir la brecha digital y consolidar la infraestructura en materia de TIC.

2.2.1. NUEVO CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y SU VINCULACIÓN CON EL CONCEPTO DE MAXIMIZACIÓN DEL BIENESTAR SOCIAL. PROBLEMÁTICA

Al darle contenido a este principio la norma anterior a la Ley 1341 de 2009 señalaba simplemente que todos los PRST tendrían igualdad de oportunidades para acceder al uso del ERE y, de esa manera, contribuir al Fondo de TIC. Como se infiere, su titulación no pareciera coincidir o tener concordancia con su contenido.

Este principio experimentó una adición importante respecto de lo consagrado anteriormente⁴⁰, y es que la norma lo vincula a la asignación del ERE y a unos conceptos genéricos y abstractos de la maximización del bienestar social, definida más adelante por la ley, y a la certidumbre de las condiciones de la inversión. Adicionalmente, se introdujo la promoción de la inclusión digital.

Comunicaciones, la generación de incentivos para vincular al sector privado en las iniciativas de inversión.

40 Así, establece el señalado numeral: “5. *Promoción de la inversión*. Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tendrán igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro y contribuirán al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La asignación del espectro procurará la maximización del bienestar social y la certidumbre de las condiciones de la inversión. Igualmente, deben preverse los recursos para promover la inclusión digital. El Estado asegurará que los recursos del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se destinen de manera específica para garantizar el acceso y servicio universal y el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el desarrollo de la radiodifusión sonora pública, la televisión pública, la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público que promuevan la preservación de la cultura y la identidad nacional y regional, y la apropiación tecnológica mediante el desarrollo de contenidos y aplicaciones con enfoque social y el aprovechamiento de las TIC con enfoque productivo para el sector rural, en los términos establecidos en la presente Ley”. El texto original de la Ley 1341 de 2009 solamente establecía: “5. *Promoción de la inversión*. Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tendrán igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro y contribuirán al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

Pareciera que el principio de promoción de la inversión tiene un nexo causal con la maximización del bienestar social, lo cual parece congruente con el interés general y con la política de lograr el acceso a las TIC como fundamento de la sociedad de la información y del conocimiento. Sin embargo, la ley consideró pertinente conceptualizar sobre lo que se debe entender por maximización del bienestar social, y en una enunciación amplia y bien discutible dejó abierta la posibilidad de entender por maximización del bienestar social muchas actuaciones de los PRST que no necesariamente coinciden con su contenido lógico y gramatical.

Para comprender estas afirmaciones es necesario establecer qué se entiende por “maximización del bienestar social” y por “certidumbre de las condiciones de inversión”.

En relación con el primer concepto, vale la pena señalar que, aunque el párrafo 3.º del artículo 11 lo define respecto del acceso y uso del ERE, nada obsta para que lo allí establecido aplique también, vía analogía, en ámbitos distintos.

Según esta norma,

Se entiende como maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico, principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios. Lo anterior, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales y las recomendaciones de la UIT. En cualquier caso, la determinación de la maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico estará sujeta a valoración económica previa.

En primer lugar, las actividades allí señaladas no pueden considerarse las únicas expresiones del término “maximización del bienestar social”, pues la propia norma, al utilizar la palabra “principalmente”, reconoce la posibilidad de que existan otras manifestaciones.

En segundo lugar, la definición no puede ser más genérica y ambigua. Podría entenderse por maximización del bienestar social solo la ampliación de la cobertura, y tal situación no implica por sí misma que se esté maximizando el bienestar de la población más necesitada de los servicios. El operador llegará donde el mercado sea rentable y no donde no lo sea.

No hay que olvidar que las telecomunicaciones están calificadas por ley como servicio público y, por lo tanto, va ínsito su contenido de interés general, y el concepto de servicio universal y de obligaciones de servicio

público. Por lo tanto, interpretar que con la simple ampliación de cobertura en zonas rentables se está garantizando la maximización del bienestar social resulta una afirmación contraria a la lógica de lo razonable, pero posible de interpretar ante el contenido genérico de la ley.

Las mismas aseveraciones podrían hacerse respecto del despliegue y uso de redes e infraestructuras, y de la mejora de la calidad en la prestación de los servicios que trae la ley como simples posibilidades enunciativas de lo que se entiende por maximización del bienestar social.

En síntesis, definir la maximización del bienestar social en los términos del párrafo tercero del artículo 11 para acceder al uso del ERE, como el bien más importante de recursos escasos en las telecomunicaciones, con su ambigüedad y enunciaciones genéricas y contrarias a su contenido gramatical, resulta a todas luces desafortunado.

Además, deja unos criterios amplios y peligrosos para que la autoridad, en este caso el Mintic, incorpore criterios de selección objetiva para el uso del espectro que realmente no correspondan a las obligaciones de servicio público. No hay que olvidar que, a partir de la reforma legal el PRST puede cancelar en especie hasta un 60% del valor del uso del espectro.

En lo que corresponde a la “certidumbre de las condiciones de inversión”, el concepto se refiere a la existencia de condiciones de seguridad jurídica para los inversionistas. A esta conclusión es posible arribar, al tomarse en consideración el artículo 1.º de la Ley 1978 de 2019, el cual, justamente identifica como uno de los objetivos de la ley, aumentar la “certidumbre jurídica”.

2.2.2. LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN, Y LA CERTIDUMBRE Y SEGURIDAD JURÍDICAS

El interés de garantizar la seguridad jurídica de las inversiones se evidencia también al revisar la historia legislativa de la Ley 1978 de 2019. Para este propósito se consideró importante otorgar el uso del espectro por mayor tiempo y, de esa manera, otorgar condiciones que incentiven la inversión y permitan la conectividad de la población más vulnerable⁴¹.

⁴¹ En la misma dirección, durante el debate legislativo uno de los ponentes del proyecto señaló: “La importancia del proyecto entonces: en los últimos años los actores privados han invertido menos, porque no se ve la seguridad jurídica; las condiciones que incentivan la inversión permiten la conectividad de la población más vulnerable y el aumento en la calidad de los

Aunque el principio de seguridad jurídica no tiene rango constitucional expreso, como sí sucede en otros ordenamientos⁴², no hay duda de que se trata de un principio que debe irradiar el régimen jurídico y, en el caso específico, el de las TIC y las telecomunicaciones. Sin embargo, y contrario a lo que se piensa, la seguridad jurídica no atiende a la congelación de la normativa o a su petrificación, y menos en un sector que se caracteriza por su avance tecnológico y que obliga, periódicamente, a actualizar la regulación que va detrás de esos desarrollos.

Como lo ha señalado García de Enterría⁴³, el principio de seguridad jurídica atiende a la certeza y a la claridad en el texto de las normas y no a su congelamiento. Desde ese punto de vista, y como ya se señaló, el otorgamiento del permiso para el uso del ERE por veinte años es una medida

servicios de aquellas personas que ya tienen el acceso”. Otro legislador destacó: “Este proyecto contempla las reformas estructurales esenciales, que van a acelerar el cierre de la brecha digital y así mismo define reglas claras que convertirán a Colombia en un país atractivo para la inversión, inversión internacional, inversión nacional, generando un entorno de seguridad jurídica, que permita mayor confianza inversionista”: *Gaceta del Congreso* n.º 541 del 13 de junio de 2019. En términos similares, otro senador también indicó: “De manera que ahí, si uno hiciera un promedio, Colombia sigue siendo el país que hoy está por debajo y esto implica obviamente incertidumbre jurídica, pero también menos inversión a la hora de los tiempos: es un factor determinante a la hora de que cualquier operador, llámese como se llame, decida hacer su inversión en materia de infraestructura, el proyecto de ley da entonces la certidumbre jurídica a los privados, esto implica una mayor inversión”: *Gaceta del Congreso* n.º 1126 del 26 de noviembre de 2019.

42 Constitución española.

43 El principio de seguridad jurídica no tiene expresa consagración constitucional en Colombia, como la obligación que tienen tanto la Administración como el legislador de producir normas que tengan certeza y claridad, de forma que no se expidan para crear confusiones o diversas interpretaciones, o que generen una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos. En España es un principio constitucional que irradia a la totalidad del ordenamiento jurídico en las sentencias del Tribunal Supremo; cfr. Sentencias 150 de 1990; 142 de 1993 y 212 de 1996. “La seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable; interdicción de la arbitrariedad” (sents. 27 de 1981 y 227 de 1998). El legislador debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas para que los ciudadanos y los operadores jurídicos sepan a qué atenerse. De otro lado el principio de seguridad jurídica, no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas (SSTC 227 de 1998). Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA. “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, n.º 159, Madrid, septiembre-diciembre de 2002, pp. 176 a 179.

adecuada y necesaria para que los operadores vislumbren sus inversiones a largo plazo, y resulta consonante con la finalidad de la ley.

Además, la promoción de la inversión bajo condiciones claras y ciertas ayudará también al desarrollo del sector de las TIC y de las telecomunicaciones y, por ello, en su marco general resulta bienvenida.

Empero, todas las cosas deben tener su justa dimensión y, por ello la regulación de la promoción de la inversión no puede ser el fin último de la ley, pues en ese caso podría ser contrario al ordenamiento constitucional, en especial, en el sector de las telecomunicaciones, el cual lleva ínsita la calidad de servicio público y su finalidad social.

También resultaría importante indagar si a la luz de la Constitución Política es válido que este principio de promoción de la inversión tenga prioridad al momento de interpretar la ley sobre principios que parecieran de mayor calado, como la prioridad en el acceso y uso de las TIC, la libre competencia o la protección de los derechos de los usuarios.

Por lo tanto, corresponde analizar el nuevo desarrollo del principio de la promoción de la inversión con los demás principios que establece la Ley de TIC y, en particular, el nuevo artículo 7.º que señala este principio como criterio, al parecer prevalente, de interpretación de la ley.

2.2.3. EL PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN COMO CRITERIO PREVALENTE DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY

A la par que desde su inicio en el artículo 2.º enumeró y reguló en forma sucinta los principios orientadores, la Ley 1341 de 2009 enfatizó en que las TIC "... deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades a todos los habitantes del territorio nacional".

Como se mencionó, entre los principios orientadores se encontraban, de manera prevalente, los de prioridad al acceso y uso de las TIC, la libre competencia y la protección de los derechos de los usuarios. En efecto, al enunciar los criterios a tener en cuenta para su interpretación, el artículo 7.º de la ley consagra el énfasis en la promoción y garantía de la libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios.

Resalta en el contenido sistemático de estas normas la clara finalidad del legislador de que todas esas instituciones propugnen el acceso a la sociedad

de la información y del conocimiento, como lo pregonan el artículo 3.º de la ley⁴⁴.

En concordancia con lo anterior, las telecomunicaciones se siguen considerando como un servicio público bajo la titularidad del Estado, sin que se entienda bien esta última calificación, dada la habilitación general que comporta para su prestación.

De esta forma, las telecomunicaciones aparecen cobijadas bajo todo el telos del capítulo v de la Constitución Política denominado “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, razón por la cual se afirma que estos servicios son inherentes a la finalidad social del Estado, y a continuación se consagra el deber del Estado de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Esta última enunciación es el fundamento constitucional de lo que se denomina servicio universal, u obligaciones de servicio universal, ampliamente desarrollado en la doctrina.

Estas apreciaciones se hacen para sustentar la afirmación de que la prevalencia en la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los servicios públicos tiene que ser consonante con su régimen constitucional antes citado, esto es, la garantía de su prestación universal a todos los habitantes del territorio nacional como un deber del Estado, en el cual los particulares colaboran, incluso bajo la concepción de los artículos 333 y 334 de la Carta.

Si bien la Constitución consagró la libertad de la actividad económica y la iniciativa privada, se guardó de señalar que se deben realizar dentro de los límites del bien común. Así mismo, nuestra Carta acogió el modelo de gestión de libre competencia económica en un marco general como un derecho de todos, pero que al mismo tiempo supone responsabilidades.

En síntesis, la prevalencia en la interpretación y aplicación de las normas de servicio público debe estar orientada a la finalidad social del Estado, y a su deber de propender hacia la prestación universal de unos servicios mínimos en condiciones de asequibilidad y calidad determinada. Aún más: la garantía de la libre competencia, que no está erigida como un derecho fundamental,

44 “Artículo 30. *Sociedad de la información y del conocimiento*. El Estado reconoce que el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la protección a los usuarios, la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal, son pilares para la consolidación de las sociedades de la información y del conocimiento”.

porque no lo es, es la mejor herramienta en términos generales para permitir al usuario servicios de telecomunicaciones con la mejor cobertura, calidad y precio. En otras palabras, el derecho a la competencia, en términos similares a la democracia, resulta el medio más adecuado para garantizar el interés general de estos servicios públicos.

Frente a estas consideraciones resultaría muy discutible pretender que, en materia de servicios públicos, el principio de promoción de la inversión pueda ser prevalente o equipararse al mismo nivel de los principios que emanan de la Constitución⁴⁵.

Nos estamos refiriendo a la reforma introducida por la Ley 1978 de 2019, que modificó el artículo 7.º y señaló, en el mismo nivel de énfasis, la promoción de la inversión con la garantía de la libre competencia y la protección de los usuarios.

No es materia de discusión que la promoción de la inversión bajo reglas claras y ciertas es un elemento fundamental para cumplir varias de las finalidades del Estado, pero ella no puede ser sino una herramienta en pro de estas y no una finalidad en sí misma, pues se estaría desconociendo la naturaleza propia del servicio público. No es solo por una eventual trasgresión de las normas constitucionales, sino porque Perogrullo contradice el interés general que debe orientar el régimen de estos servicios.

En cuanto a las TIC que no son telecomunicaciones, podría afirmarse que, al no ser calificadas como servicios públicos, no se presentaría esta disonancia con el ordenamiento constitucional de dichos servicios.

Sin embargo, en una interpretación sistemática del artículo 3.º de la ley se encuentra que el Estado reconoce que el acceso y uso de las TIC mediante el despliegue y manejo eficiente de la infraestructura, el desarrollo del contenido y las aplicaciones, y la protección de los usuarios⁴⁶, son *pilares* que permiten consolidar las sociedades de la información y del conocimiento,

45 Consagrar en el mismo nivel de aplicación para interpretar la ley, con los efectos jurídicos que ello conlleva, el principio de la promoción de la inversión con los principios de protección de los usuarios y la promoción de la libre y leal competencia resulta al menos problemático. Mientras el primero apunta en primera instancia a la satisfacción de un interés particular (el de los inversionistas), los dos últimos buscan realizar el interés general (el de los consumidores y la sociedad). Pueden no resultar contradictorios, pero frente a una controversia en la interpretación y aplicación de la ley, la pregunta sería ¿a cuál o a cuáles de los principios debería el juez darle prelación en la interpretación de la norma?

46 J. F. CHAMIE. “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, junio de 2013, p. 125.

lo cual no deja ninguna duda de la razón por la cual el legislador estableció un régimen jurídico para ese sector.

A eso agregamos que el artículo 4.º, sobre la intervención del Estado en el sector de las TIC, y ampliado con la reforma legal, establece el deber de este de intervenir en el sector, con los siguientes fines, entre otros, y como enunciado primero, la protección de los derechos de los usuarios y, como enunciado segundo, la de promover el acceso a las TIC teniendo como fin último el servicio universal.

Desde este marco legal es viable partir de las mismas conclusiones expuestas sobre los servicios de telecomunicaciones, pues el legislador quiso establecer un marco imperativo para la intervención del Estado, el cual concuerda con los fines del interés de la colectividad y no solo de un sector industrial o comercial.

No hay duda de que, a nivel de doctrina y derecho comparado, el concepto de servicio público ha evolucionado, dado su contenido impreciso y amplio que puede dar lugar a una intervención del Estado no deseada ni requerida, según la naturaleza del servicio que se trate y su grado de desarrollo. Por ello, su contenido material ha evolucionado hacia el concepto de servicios de interés general económico que trata de precisar aquellas prestaciones que resultan esenciales para la colectividad. Respecto de ellos, la doctrina ha señalado:

Hemos podido concluir en el apartado anterior que los servicios de interés económico general son servicios, es decir, actividades económicas de tipo prestacional, principalmente prestados en red, que resultan esenciales para la competitividad de las economías, de modo que no pueden escapar a las reglas de la competencia, pero que se cualifican frente a otros servicios económicos, por corresponderse con necesidades esenciales de la colectividad, lo que les dota de alto contenido de interés general y los enlaza con otros objetivos comunitarios de calado sociopolítico, como la cohesión económica y social manifestada en la reducción de las diferencias regionales y la unificación de los estándares de vida. De ahí que puedan quedar excluidos de la aplicación de todas o parte de las reglas de la libre competencia⁴⁷.

47 M. CARLÓN RUIZ. “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.). *Derecho de la regulación económica*. vol. I, Madrid, Iustel. 2010, p. 499. Otras definiciones se pueden encontrar en D. ZEGARRA VALDIVIA. “Del servicio público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 12, 2012, pp. 38-39; G. S. ØLYKKE

En el marco del contenido enunciado de la ley sobre las TIC y las telecomunicaciones, y dada la situación actual de aislamiento y confinamiento, podría afirmarse que este sector corresponde a una necesidad esencial de la colectividad y que resulta transversal a todas las actividades de la comunidad.

A nivel de doctrina comparada se han calificado como tales el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones⁴⁸.

Con el propósito de asegurar su adecuada prestación, los servicios de interés general económico se desarrollan bajo los principios de continuidad, mutabilidad, igualdad, calidad y asequibilidad⁴⁹. Adicionalmente, involucran la imposición de obligaciones de servicio universal, las cuales corresponden a:

Prestaciones básicas o de servicio público que deben ser aseguradas en todo caso y para cualquier usuario por los operadores de los servicios de interés general, inclusive y particularmente cuando se trata de servicios liberalizados que se prestan en régimen de libre competencia, y ello en condiciones específicas de calidad, a un precio asequible y con una cobertura territorial completa⁵⁰.

A través de los señalados principios y obligaciones se aspira a que los habitantes del territorio puedan acceder a los servicios en condiciones razonables, sin importar su localización o la rentabilidad para el operador⁵¹, el cual, en todo caso, puede ser compensado a través de tarifas, la creación de fondos de compensación, mecanismos de financiación pública o el otorgamiento de derechos exclusivos, etc.⁵².

De otra parte, pueden existir situaciones en las que la interacción de los principios establecidos en el artículo 7.º de la Ley 1341 de 2009 no parece sencilla o libre de dificultades. Ante este panorama, y teniendo en cuenta que

y P. MØLLGAARD. “What is a service of general economic interest?”, *European Journal of Law and Economics*, n.º 41, 2016, pp. 205-241.

48 K. A. ELIASSEN y J. FROM. “Deregulation, privatisation and public service delivery: Universal delivery in telecommunications in Europe”, *Policy and Society*, n.º 27, 2009, p. 241.

49 J. C. LAGUNA DE PAZ. *Servicios de Interés Económico General*, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2009, p. 303.

50 M. SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho Administrativo. Parte General*, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, p. 778.

51 “El elemento principal del servicio universal de telecomunicaciones –su exigencia básica–, en expresión de la Directiva 2002/22/CE, consiste en la garantía de que todos los usuarios finales –con independencia de sus circunstancias económicas, físicas y geográficas– puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija”: CARLÓN RUIZ. Ob. cit., p. 605.

52 SÁNCHEZ MORÓN. Ob. cit., p. 778.

los principios pueden ser objeto de ponderación⁵³, es necesario determinar cuál de ellos debería prevalecer.

Habrà que esperar los eventuales pronunciamientos de la jurisprudencia para determinar si la prevalencia y el énfasis que pretende la reforma en la aplicación de este principio de promoción de la inversión, como mandato para interpretar la ley, resulta consonante con la Constitución o si es necesario su condicionamiento a los preceptos constitucionales mencionados.

3. LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR PARA DELIMITAR LA COMPETENCIA DE LA CRC EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. LOS DIFERENTES CRITERIOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS NACIONALES Y ANDINAS PARA DISTINGUIRLA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Son conocidos en el sector los problemas que se han presentado para diferenciar el ámbito de aplicación de la función de regulación de resolver controversias entre los PRST y la función jurisdiccional para resolver controversias contractuales generalmente originadas en acuerdos de interconexión.

Fueron múltiples los laudos arbitrales que se expidieron desde el inicio del año 2010 en los cuales se expresaron diferentes criterios, agravados por las interpretaciones prejudiciales⁵⁴ obligatorias realizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Así mismo, la resolución de los recursos extraordinarios de anulación presentados contra los laudos arbitrales

53 Así, el profesor ROBERT ALEXEY se refiere a la ley de ponderación de los principios en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. De acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos que ALEXEY identifica claramente: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”. C. BERNAL PULIDO. “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 77, mayo-agosto de 2006, p. 62.

54 Procesos 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012; 261-IP-2013 del 1.º de junio de 2013; 181-IP-2013 del 22 de enero de 2014; 161-IP-2013 del 13 de mayo de 2014; 255-IP-2013 del 11 de junio de 2014; 14-IP-2014 del 20 de marzo de 2014; 16-IP-2014 del 18 de junio de 2014; 79-IP-2014 del 25 de agosto de 2014; 121-IP-2014 del 20 de noviembre de 2014; 146-IP-2014 del 20 de febrero de 2015; 322-IP-2014 del 20 de mayo de 2015 y 385-IP-2015 del 15 de diciembre de 2015.

ante el Consejo de Estado, el cual, en términos generales, reiteró la fuerza vinculante de esas interpretaciones de la norma andina sobre la competencia exclusiva y excluyente de la Comisión de Regulación, con independencia de compartir o no estos pronunciamientos⁵⁵.

En un artículo anterior⁵⁶ presentamos nuestra opinión acerca de la importancia de que el legislador precisara y definiera el ámbito de competencia

55 Entre otros, se pueden citar los siguientes laudos arbitrales: 10 de octubre de 2014, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias originadas con ocasión del contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998, celebrado entre Ocel S.A. (ahora Comcel S.A.) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P (ETB); 14 de octubre de 2014, respecto de la controversia entre ETB y Colombia Telecomunicaciones (COLTEL); 21 de octubre de 2014, respecto de la controversia entre Comcel y ETB; 3 de diciembre de 2014, respecto de la controversia entre ETB y EPM UNE Telecomunicaciones; 29 de mayo de 2015, respecto de la controversia entre Comcel y ETB; 1.º de septiembre de 2015, respecto de la controversia entre Comcel y ETB; 28 de diciembre de 2015, respecto de la controversia entre Comcel y ETB. Así mismo, las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado que resolvieron los recursos extraordinarios de anulación presentados contra laudos arbitrales: Sentencias del 23 de septiembre de 2015. Rad. n.º: 11001032600020150001800; del 2 de diciembre de 2015. Rad. n.º: 110010326000201500030-00(53.182); del 3 de agosto de 2016. Rad. n.º: 110010326000201500089-00(54.315); del 24 de noviembre de 2016. Rad. n.º: 11001-03-26-000-2015-00015-00 (52992), y del 13 de julio de 2016. Rad. n.º: (55094). Los diferentes laudos arbitrales que se suscitaron entre los PRST de Claro y ETB sobre el valor de los cargos de acceso, en los cuales el TJCA se pronunció sobre la competencia exclusiva y excluyente de la Comisión, finalmente determinó su conocimiento por parte de la CRC, y las respectivas demandas instauradas por estos operadores contra dichas decisiones administrativas, las cuales cursan en la Sección Primera del Consejo de Estado. Entre las decisiones adoptadas por la CRC pueden señalarse las siguientes: Resolución 5537 de 2018: "por la cual se resuelve una solicitud de solución de la controversia surgida entre Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. (antes Celcaribe S.A.) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P (2006-2008). Resolución 5596 de 2018: resuelve recurso de reposición contra la Resolución 5537 de 2018. Resolución 5369 de 2018: "Por la cual se resuelve la solicitud de solución del conflicto surgido entre Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. (antes OCCEL S.A.) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. en relación con la determinación del valor por concepto de cargos de acceso". Resolución 5414 de 2018: Resuelve el recurso de reposición contra la Resolución 5369 de 2018. Resolución 5370 de 2018: Por la cual se resuelve la solicitud de solución del conflicto surgido entre Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. en relación con la determinación del valor por concepto de cargos de acceso. Resolución 5415: resuelve recurso de reposición contra la Resolución 5370 de 2018. Resolución 5371 de 2018. "Por la cual se resuelve la solicitud de solución del conflicto surgido entre Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. (antes ocel S.A.) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. en relación con la determinación del valor por concepto de cargos de acceso". Resolución 5416 de 2018: resuelve recurso de reposición contra la Resolución 5371 de 2018.

56 E. GONZÁLEZ LÓPEZ. "Comentarios sobre la función de resolución de controversias en el sector de las comunicaciones en Colombia", en E. GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), L. M. HERRERA ZAPATA, J. MURGUEITIO CABRERA y S. M. ORTIZ LAVERDE (coords.). *El ecosistema digital y las autoridades de*

del órgano regulador en cuanto a su contenido material, para diferenciarlo del ámbito de competencia de la función jurisdiccional. Más allá de la naturaleza del acto, en el caso de la Comisión como acto administrativo sujeto al control judicial de legalidad, o en el caso del laudo arbitral con las mismas características de cosa juzgada y no sujeta a recurso ordinario, lo cierto es que esta dualidad de competencias para resolver controversias ha generado muchos conflictos que todavía se encuentran en conocimiento del Consejo de Estado.

Desafortunadamente se perdió una valiosa oportunidad para que el legislador precisara el tema de las competencias, el cual es de invaluable importancia para garantizar el acceso a la justicia y evitar la incertidumbre jurídica en cuanto a la entidad competente, según se trate de controversias prevalentemente de carácter económico o que involucren actuaciones relacionadas con el servicio público y con sus características, que hayan sido objeto de normas regulatorias.

En síntesis, a continuación se señalan los problemas que se han presentado en relación con la función de resolución de controversias, y las razones por las cuales se considera que el legislador perdió la oportunidad de establecer pautas que permitan zanjar dichas discusiones.

El numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019, le confiere a la Comisión la facultad de resolver, en el marco de sus competencias, los conflictos que se susciten entre los proveedores de redes y los servicios de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora. A renglón seguido, establece que “ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia”.

Como comentario preliminar debe advertirse que esta función fue extendida a nuevos actores: los proveedores de redes y servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora. Por otra parte, esta función fue asignada de forma privativa a la Sesión de Comisión de Comunicaciones, y se dejó por fuera la experticia requerida en el tema de servicios audiovisuales, que se presume debe tener la respectiva Sesión de Comisión de Contenidos.

Como se ha mencionado, a la luz de las disposiciones citadas existen tensiones entre la competencia de la Comisión y la de los tribunales de arbitramento, ante la dificultad para identificar cuáles son los ámbitos competenciales propios de cada uno en materia de resolución de conflictos.

Frente a esta situación, lo primero que se debe señalar es que para definir la competencia en materia de resolución de conflictos en el sector de las comunicaciones no basta con revisar las leyes nacionales, pues Colombia hace parte de la Comunidad Andina de Naciones y, en consecuencia, debe de observarse también el derecho comunitario andino.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) venía considerando⁵⁷ a partir del análisis de la Decisión 462 de 1999, artículo 32, y de la Resolución 432 de CAN, artículo 32^[58], que la Comisión de Regulación de Comunicaciones ostentaba la competencia exclusiva y excluyente para resolver los conflictos que se presentan en la ejecución de un contrato de interconexión, incluso en aquellos relativos al restablecimiento del equilibrio.

No obstante, y sin perder de vista los beneficios de esta posición (igualdad para todos los actores del sector, seguridad jurídica, garantía de decisiones técnicas y especializadas), afirmar que la competencia de la Comisión es exclusiva y excluyente podría implicar una fuerte restricción a la potestad de administrar justicia que la Constitución Política, en su artículo 116, le confiere a los jueces y tribunales de arbitramento.

En la Sentencia C-186 de 2011 la Corte Constitucional ratificó la constitucionalidad de la función de regulación consagrada en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, en el sentido de que “ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia”. Lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio público de las telecomunicaciones y el ámbito de competencia de la Comisión tendiente a regular

57 A esta conclusión se ha arribado en diferentes interpretaciones prejudiciales. Al respecto cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Caso 385-IP-2015.

58 La Resolución 1922 de 2017 de la Secretaría General de la CAN modificó la Resolución 432 y dispuso que cuando las partes no logren resolver cualquier controversia que surja durante la interconexión, cualquiera de ellas puede acudir a la autoridad facultada al efecto por la legislación interna del País Miembro en donde se realiza la conexión. Esta norma implica un avance en la materia, pues dejó de referirse exclusivamente a la Autoridad de Telecomunicaciones. Sin embargo, persiste la falta de claridad en la distribución de competencias.

e intervenir este tipo de servicios bajo un régimen de competencia con las medidas expeditas y los instrumentos propios de la función de regulación.

En este caso la sentencia es importante por los elementos de juicio que permiten ratificar la prevalencia de la función de resolución de controversias del regulador, siempre y cuando sea dentro del marco de sus competencias⁵⁹, sin perjuicio de reconocer la potestad de administrar justicia en los términos del artículo 116 de la Carta, esto es, la facultad de los árbitros habilitados por las partes para ser investidos transitoriamente de la función jurisdiccional:

De lo anterior se concluye que la restricción de la autonomía de la voluntad privada respecto de acuerdos suscritos entre particulares (proveedores de redes y servicios) para acudir a la justicia arbitral es constitucionalmente legítima porque persigue salvaguardar los poderes de intervención que el Legislador asigna a la CRC, pues de otro modo los particulares podrían obstaculizar el cumplimiento de las competencias y por ende la consecución de los propósitos de intervención que la ley le asigna al órgano regulador, de manera que esta restricción resulta también *necesaria* para el cumplimiento de las competencias atribuidas a la CRC, y no vacía de contenido la autonomía de la voluntad, porque no se impide que los proveedores de redes y servicios celebren pactos compromisorios respecto de asuntos en los cuales no estén involucradas las competencias de regulación legalmente atribuidas a este organismo⁶⁰.

Lo anterior permite evidenciar que la Corte excluye la distribución competencial entre la función del regulador y la función judicial, pues se trata de ámbitos de intervención distintos que desafortunadamente no fueron delimitados en la ley y que tampoco han sido precisados en la jurisprudencia.

Se podría argumentar que las controversias que no sean de índole regulatorio deberían ser conocidas por el juez competente, fundamentalmente las de naturaleza económica. Y aquellas que atiendan a la interpretación y aplicación de las normas regulatorias, referidas a la naturaleza de esta función y a las características de interés general de los servicios de telecomunicaciones, deberían ser del conocimiento de la CRC. Sin embargo, lo cierto es que el legislador no ha establecido los ámbitos de competencia de las autoridades administrativa y judicial.

59 Las diferentes competencias del regulador consagradas en el artículo 22 atienden a establecer un régimen de regulación que maximice el bienestar de los usuarios, y promover y regular la libre competencia como medidas *ex ante*.

60 Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011.

En ese orden de ideas, y para dar respuesta al problema de la interacción entre ambas competencias, se han presentado dos alternativas: i) una competencia concurrente entre el juez y la Comisión, y ii) ámbitos competenciales diferenciados para cada autoridad.

Sobre la primera postura, esto es, la posibilidad de que una controversia regulatoria pueda ser resuelta por el juez o por la Comisión, se suscitan problemas prácticos de aplicación en Colombia, por cuanto no existen normas que señalen que una vez el conflicto sea conocido por el juez o por la Comisión, la otra autoridad queda imposibilitada para adelantar el mismo asunto, lo cual podría derivar en decisiones opuestas que afecten de manera grave la seguridad jurídica.

En cuanto a la segunda solución, existe respaldo jurisprudencial y legal. Así, el texto de la Ley 1341 de 2009 hace expresa referencia a que la Comisión puede resolver los conflictos “en el marco de sus competencias”, lo cual indica que su órbita competencial no incorpora todos los asuntos que se susciten en la ejecución del contrato, sino solo aquellos expresamente señalados en la ley.

En el mismo sentido, y en aras de dotar de contenido los espacios competenciales de la Comisión, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado identificó la existencia de distintas zonas, a saber: zona de certeza positiva, zona de certeza negativa y zona de incertidumbre⁶¹.

Sobre la primera de ellas, afirmó:

a) Debe partirse del objeto legalmente asignado a la CRC: “promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad // Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley” (art. 19 de la Ley 1341 de 2009);

b) En concordancia con el citado objeto, el artículo 22 de la Ley 1341 dispone que la CRC debe expedir “toda” la *regulación de carácter general y particular* respecto de las siguientes materias:

61 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de octubre de 2016. Rad. n.º: 11001-03-06-000-2016-00074-00.

- i) los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión;
- ii) la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo;
- iii) el régimen de acceso y uso de redes;
- iv) los parámetros de calidad de los servicios de interconexión, y
- v) EL régimen de competencia en materia de interconexión.

[...]

Así las cosas, la *zona de certeza positiva* respecto de las *controversias* que en ejecución de los acuerdos (contratos) de interconexión puede conocer la CRC, corresponde a los *asuntos* señalados en el literal b) precedente, los cuales se relacionan directamente con el marco de competencias en materia de interconexión asignado a la CRC.

A su turno, en relación con la zona de certeza negativa concluyó que de ella hacen parte todas las cuestiones referidas al interés privado y patrimonial de las partes. Por último, señaló que sobre las controversias que no pertenezcan a las dos zonas explicadas, le corresponde al regulador definir su propia competencia.

Por lo anterior, en el análisis precedente se concluyó que los conflictos de contenido o naturaleza regulatoria correspondían a la Comisión, y que todos aquellos de naturaleza contractual o económica serían de competencia del juez o tribunal, es decir, se trata de competencias que actúan de forma complementaria.

En ese orden de ideas, si el conflicto es económico, pero lleva de suyo la aplicación o interpretación de una norma regulatoria, la Comisión tendría competencia para conocer de los aspectos regulatorios, pero los asuntos puramente económicos corresponderían al juez o al árbitro.

En línea con lo anterior, si la resolución de la controversia es promovida ante un juez o árbitro, y alguno advierte que hay asuntos propios del regulador, respetuoso de su competencia debería remitírsele la actuación procesal correspondiente para que el regulador se pronuncie sobre ella y luego sí definir los asuntos relativos a la órbita competencial del juez o árbitro.

Es importante observar que no existe una norma que obligue al juez o árbitro del contrato a obtener previamente el pronunciamiento del órgano regulador, aunque realmente resulte importante y deseable en aras de tener los elementos de juicio que permitan resolver de la mejor forma la controversia judicial.

Finalmente, cabe advertir que la Resolución 1922 de 2017 de la Secretaría General de la CAN modificó la Resolución 432 y dispuso que cuando las partes no logren resolver una controversia que surja durante la interconexión, cualquiera de ellas puede acudir a la autoridad facultada al efecto por la legislación interna del país miembro en donde se realiza la conexión. Aunque esta norma implica un avance en la materia, pues dejó de referirse exclusivamente a la autoridad de telecomunicaciones, subsisten dudas sobre la distribución de competencias.

Ahora bien, los criterios esbozados por la doctrina con respaldo en pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no tienen fuerza vinculante, y actualmente subsiste la ausencia de claridad sobre la forma de interacción entre las competencias del regulador y las del juez o árbitro en los conflictos que se presentan en el sector de las comunicaciones⁶².

Como se observa, se trata de un asunto de competencias fundamental para garantizar la pronta resolución de conflictos entre los operadores que, desafortunadamente, no fue desarrollado por la reforma legal del 2019.

4. LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN Y SU RÉGIMEN DUAL. DIFICULTADES EN SU APLICACIÓN

Así como es necesario reconocer que, dada la convergencia tecnológica, era imperativo incorporar los servicios audiovisuales en la Ley TIC, también

62 En relación con la aludida falta de claridad, la doctrina se ha pronunciado en los siguiente términos: “Por lo tanto, el alcance de la función del regulador aún deja espacios para interpretar, pues aunque el límite sigue siendo el marco de sus competencias, no es razón suficiente para que con tranquilidad y acorde a ley de manera directa la Comisión resuelva los conflictos que tiene sobre la mesa y los que están por venir. Los límites aún no están totalmente determinados, pues todavía hay un camino por recorrer que involucra la norma nacional, la norma andina, los tribunales arbitrales, la jurisdicción ordinaria y la contenciosa”: L. HERRERA ZAPATA. “Un especial análisis de la función de resolución de conflictos de la comisión de regulación”, en E. GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), L. M. HERRERA ZAPATA, J. MURGUEITIO CABRERA y S. M. ORTIZ LAVERDE (coords.). *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisuales y TIC*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 868.

lo es señalar que el régimen dual que se consagró con la reforma del 2019 no aporta claridad sobre su regulación. Aún más: no aparecen claramente delimitados el régimen de habilitación y las competencias de las distintas autoridades que conforman la organización institucional del sector y de la misma autoridad nacional de la competencia (SIC).

En efecto, según el mandato de la reforma legal los servicios de televisión se siguen regulando por las normas vigentes en la materia, esto es, las leyes 182 de 1995, 135 de 1996 y 680 de 2001. No obstante, varias de las normas de la reforma regulan los servicios de televisión en sus diferentes modalidades.

Como se verá, esta inserción parcial y fragmentada de la regulación de la televisión en la nueva ley, manteniendo a la par el régimen anterior, no resulta la forma más adecuada para definir con certeza su régimen normativo⁶³.

Es conocida la obsolescencia del régimen jurídico de los servicios de televisión que data de 1995 y su falta de migración a los servicios de contenidos audiovisuales. Además, dicho régimen no se compadece con los actuales desarrollos tecnológicos y los cambios dinámicos que se han presentado en general en todos los servicios de telecomunicaciones.

Parte de los argumentos esbozados para involucrar el servicio de televisión, así sea parcialmente, en la nueva ley corresponde precisamente a la convergencia tecnológica de redes y servicios, y a la necesidad de establecer un único regulador para todos ellos, lo que sirvió de fundamento para liquidar la ANTV.

Estas afirmaciones tienen su sustento, en especial, en lo consagrado en la reforma del párrafo del artículo 1.º de la Ley 1341 de 2009 que la Ley 1978 de 2019 modificó de la siguiente manera:

[...]

Para todos los efectos de la presente Ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones incluye la provisión de redes y servicios de televisión. El servicio de televisión abierta radiodifundida continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996, la Ley 680 de 2001 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

63 Es como arropar y decorar un vestido usado y antiguo con aditamentos modernos.

Al servicio de radiodifusión sonora y al de televisión abierta radiodifundida les será aplicable la presente Ley en las disposiciones específicas expresamente señaladas para estos servicios.

Es pertinente señalar que en el párrafo original la Ley 1341 de 2009 establecía que el servicio de televisión continuaría rigiéndose por las normas especiales pertinentes con las excepciones específicas contenidas en la ley.

Ahora, con la nueva reforma, el servicio de televisión abierta radiodifundida continuará rigiéndose por las normas especiales de televisión, pero además por las normas que establece la nueva ley en los diferentes títulos que regula.

4.1. EL RÉGIMEN DE HABILITACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN ABIERTA RADIODIFUNDIDA. LA DIFICULTAD PARA SU APLICACIÓN

En la exposición de motivos de la nueva ley se afirmó:

Este proyecto de Ley propone, mediante un régimen de transición, ampliar el esquema de habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, para incluir a los servicios de televisión por suscripción y de televisión comunitaria, así como la posibilidad de habilitación general para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida. Para este último servicio se incluye una fórmula que incentive el ingreso al régimen de habitación general y sea consecuente con la realidad del mercado antes señalada de modo que se garantice la adecuada prestación de este servicio público íntimamente asociado al derecho de pluralismo informativo. Por el tiempo de vigencia del régimen de transición de habilitación de los servicios de televisión abierta radiodifundida, este continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996 y la Ley 680 de 2001.

Del contenido del párrafo del artículo 1.º y de la exposición de motivos citada se infiere que los servicios de televisión por suscripción y de televisión comunitaria están incluidos en el régimen de habilitación general. En cuanto a los servicios de televisión abierta radiodifundida, se mantiene el régimen anterior consagrado en la Ley 182 de 1995.

Si ello fuera así, habría que concluir que para la prestación de los servicios de televisión abierta radiodifundida se requiere el título habilitante de

concesión, pues así lo señala su estatuto básico. No obstante, esta apreciación no resulta del todo cierta si se analiza en su conjunto con lo consagrado en el artículo 10.º sobre habilitación general y su régimen de transición para estos servicios.

4.1.1 EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE HABILITACIÓN PARA LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN ABIERTA RADIODIFUNDIDA, SEGÚN EL ARTÍCULO 10.º MODIFICADO DE LA LEY 1341 DE 2009

Es importante citar el texto del artículo 10.º sobre la habilitación general, modificado por la reforma de 2019:

Artículo 10. *Habilitación general.* A partir de la vigencia de la presente Ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación general a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.

[...]

Parágrafo 2º. En materia de habilitación, el servicio de televisión abierta radiodifundida continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996, la Ley 680 de 2001, y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan. No obstante, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley podrán acogerse al régimen de habilitación general, de conformidad con el régimen de transición que la Ley disponga.

Parágrafo 3º. En materia del pago de la contraprestación los operadores públicos del servicio de televisión mantendrán las exenciones y excepciones que les sean aplicables a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley.

Según el contenido de esta norma surgen las siguientes observaciones:

– Si se atiende al contenido de esta norma, los operadores de los servicios de televisión abierta radiodifundida tendrían una habilitación general y a su vez estaría a su cargo la contraprestación, pues la norma se refiere en general a servicios de telecomunicaciones y este servicio es uno de ellos.

– Sin embargo, esta afirmación pareciera no ser tan acertada cuando en el párrafo 2 se reitera, en términos similares al párrafo del artículo 1.º de la Ley 1341 de 2009, que estos servicios continuarán rigiéndose por su estatuto básico, esto es, la Ley 182 de 1995 con sus reformas. Al consagrar como título habilitante para la prestación de los servicios de televisión la concesión, habría que concluir que solo se podrán prestar los servicios si se obtiene un título de concesión otorgado por el MinTIC, según las funciones consagradas en el artículo 18, numerales 23 y 25.

– Nuevamente surge otra observación: si se analiza el contenido del párrafo 2, y bajo un régimen de transición, los operadores actuales de este servicio tendrían la facultad de acogerse al régimen de habilitación general, “... de conformidad con el régimen de transición que la ley disponga”.

Como la norma menciona el carácter facultativo de acogerse al régimen nuevo, debería entenderse que pueden mantener, si lo desean, el régimen anterior de concesión que obtuvieron en su momento para la prestación de estos servicios.

– En cambio, para los nuevos operadores la norma guarda silencio sobre el régimen de habilitación para prestar este servicio de televisión abierta radiodifundida, lo cual permitiría inferir que se le aplica la Ley 182 de 1995, según el párrafo del artículo 1.º y, por ende, solo podrá prestar el servicio si obtiene previamente el título de concesión a que se refiere esta ley.

– De estas conclusiones, que no resultan expresamente señaladas por la ley, se podría deducir que los operadores actuales tendrían la facultad de mantenerse en el régimen actual de concesión o mutar al régimen de habilitación general. En cambio, los nuevos operadores que teóricamente deseen entrar a prestar estos servicios estarían sujetos exclusivamente al título de concesión.

– Esta diferencia de trato entre los operadores actuales que, por ejemplo, acojan el régimen de habilitación general y los operadores nuevos que estarán sometidos a un título de concesión, podría generar dificultades frente a la preservación del principio constitucional de igualdad.

Al respecto, en la Sentencia C-403 de 2010, que analizó la constitucionalidad del régimen de transición previsto en el artículo 68 de la Ley 1341

de 2009 por una eventual violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, se hicieron consideraciones importantes sobre los alcances y límites de este régimen.

Se debe recordar que este artículo de la Ley 1341 de 2009 permitía a los PRST establecidos la opción de mantener sus concesiones hasta por el término de estas, bajo la normativa legal vigente al momento de su expedición y con efectos solo para estas concesiones, o acogerse al régimen de habilitación general consagrado en la ley. Pero, a diferencia de los servicios de televisión que estamos analizando, la norma era clara en señalar que, si mantenían el régimen de concesión durante la duración de esta, a su finalización, esto es, “... de ahí en adelante”, se les aplicaría el nuevo régimen de habilitación general previsto en la ley.

Para la Corte, no se trataba de la existencia de dos regímenes distintos para situaciones iguales, sino de la protección de situaciones ya consolidadas por un tiempo limitado.

En concreto, la Corte afirmó:

Observa la Corte que dentro del propósito del legislador de respetar el título habilitante obtenido bajo un régimen anterior y aplicar, a partir de la vigencia de la Ley 1341 de 2009, a todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que libremente así lo decidan, las nuevas reglas, no establecen en realidad dos tratamientos distintos para situaciones iguales. Se trata de situaciones jurídicas diferentes, una consolidada bajo los parámetros del Decreto Ley 1900 de 1990 y el Decreto 2870 de 2007, que debe ser protegida para garantizar los derechos y obligaciones originalmente acordados, y otra, que de configurarse va a nacer bajo los efectos de la nueva ley (Ley 1341 de 2009). De esta forma se garantiza la libre competencia, protegiendo situaciones consolidadas bajo el régimen anterior, a las cuales no se les cambian intempestivamente las condiciones bajo las cuales adquirieron el título habilitante y se les permite, durante un tiempo limitado, continuar con la prestación del servicio habilitado bajo dichas condiciones, para luego hacer la transición al nuevo régimen.

Se parte del supuesto, para la Corte, de que corresponde a un régimen temporal que tiene como fin de respetar para los operadores establecidos las situaciones consolidadas bajo la norma anterior, durante el tiempo de vigencia de su concesión.

La diferencia sustancial salta a la vista entre el régimen de transición de los PRST, distintos de televisión, que por esencia era temporal y, por ende, culminaba al finalizar la concesión, y el consagrado para este servicio en la reforma legal, donde

parece ser que el título de concesión se puede mantener en forma indefinida para los operadores actuales.

En estricto sentido, para esa modalidad de televisión no es realmente un régimen de transición, pues según la norma mantendrán su título de concesión y aún su renovación.

Pero, además, si los operadores actuales se acogen al régimen de habilitación general, y los nuevos operadores parece que solo pueden ingresar al mercado mediante título de concesión, se presentaría una diferencia de tratamiento en cuanto al régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos, aunque presten los mismos servicios. Esta situación parece ser diferente a la norma del artículo 68 que fue declarada exequible en la sentencia analizada.

Como señaló la Corte Constitucional, los regímenes de transición se ajustan a la Carta porque son una manifestación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, los cuales permiten que la nueva legislación se aplique de forma gradual y no abrupta, de tal manera que se respeten las situaciones jurídicas ya consolidadas por un período limitado.

Sin embargo, en el caso concreto del servicio de televisión abierta radiodifundida, no se trata solo de que los operadores establecidos puedan permanecer en el régimen anterior, sino de que, además, los nuevos operadores no tienen la posibilidad de acogerse a la habilitación general, lo cual hace nugatorio el núcleo esencial del derecho a la igualdad.

El Alto Tribunal constitucional ha afirmado que la libre competencia se presenta

... cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita⁶⁴.

En el caso que se analiza, las disposiciones de la Ley 1978 de 2019 parecen establecer que los empresarios compitan bajo dos marcos normativos disímiles.

64 Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001.

– Estas apreciaciones deben también analizarse a la luz del denominado régimen de transición para los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que consagra el artículo 33 de la Ley 1978 de 2019.

4.1.2. EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA LOS OPERADORES DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN ABIERTA RADIODIFUNDIDA

Para su análisis se cita el texto pertinente de la norma:

Artículo 33. *Régimen de transición para los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida.* Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, así como renovarlos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos solo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones.

Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley que se acojan al régimen de habilitación general, se someterán a las reglas definidas en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. Una vez en el régimen de habilitación general y durante el período de transición, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida pagarán:

- a) Lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, y
- b) El precio de la concesión o de su prórroga, que se encuentre pendiente por pagar al momento en que se acojan al régimen de habilitación general, distribuido en pagos anuales. Los saldos pendientes de pago serán ajustados en el mismo porcentaje de variación anual del Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Una vez finalizado el periodo de transición, les será aplicable la contraprestación única periódica señalada en los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009 y, entre otros, ya no les serán aplicables los literales a) y b) del presente artículo.

La inclusión en el régimen de habilitación general de los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida no implica la modificación de la clasificación legal de este servicio conforme lo define la Ley 182 de 1995. Esto incluye el cumplimiento de todas las demás obligaciones de origen legal, reglamentario, regulatorio, aplicables al servicio.

Del contenido de este artículo se puede inferir que:

– Reitera la facultad de los operadores establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la ley de mantener sus concesiones o acogerse al régimen de habilitación general. Si mantienen sus concesiones, la norma señala que podrán renovarlas bajo la normativa vigente al momento de su expedición, esto es, mantener la concesión aún después de expirar su vigencia, siempre y cuando el MINTIC le otorgue la renovación.

– La norma señala que los operadores establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la ley se someten a las reglas del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. Según lo analizado, de esta remisión parece deducirse que al finalizar su concesión se les aplicará el nuevo régimen de habilitación general.

Sin embargo, tal afirmación resulta contraria a lo establecido en el primer párrafo del artículo 33, cuando consagra el derecho de los operadores a la renovación de su concesión, en los términos de la norma vigente al momento de su expedición.

Pero, además, si se observan las funciones asignadas al MINTIC en el artículo 18, numerales 23 y 25 especialmente, que corresponden en forma similar a las que tenía la antigua ANTV, esta autoridad debe reglamentar el otorgamiento y *prórroga* de las concesiones para la operación del servicio. Así mismo, asignar las concesiones para la operación del servicio público de televisión. Según lo anterior, está vigente la facultad del Ministerio de otorgar las concesiones y prorrogarlas en los términos de las normas citadas. Y si se observa el artículo 33, estos operadores tendrán la facultad de solicitar la renovación de las concesiones. Más allá de las diferencias jurídicas de las figuras de prórroga y renovación, lo cierto es que el régimen de concesión y su prolongación en el tiempo se mantienen vigentes para cualquiera de estas modalidades.

En otras palabras, de una interpretación sistemática de la ley, vencido el título de concesión para los operadores actuales, existe la posibilidad de que mantengan la concesión si se les otorgan las prórrogas o renovaciones en los términos de la Ley 182 de 1995.

– El precepto guarda silencio respecto de los operadores entrantes que pretendan prestar esos servicios, lo cual permitiría concluir que deben obtener un título de concesión, según el contenido del párrafo del artículo 1.º, el cual señala que este servicio continuará rigiéndose por la Ley 182 de 1995 y sus reformas.

– Se podría argüir que la situación no es relevante, en la medida en que el artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 en cita establece que, una vez finalizado

el período de transición, lo cual no se entiende por las razones expuestas, a los operadores les será aplicable la misma contraprestación única periódica señalada en los artículos 10.º y 36 de la Ley 1341 de 2009. Es decir que se estableció un tratamiento equivalente o igualitario en cuanto a la contraprestación que deben pagar a favor del FONTIC sobre los ingresos brutos que genere la explotación del servicio.

Aunque tal apreciación es valedera, de todas maneras los derechos y obligaciones de los operadores pueden resultar sustancialmente distintos cuando surgen de un contrato estatal de concesión regulado por el Estatuto de Contratación con las cláusulas excepcionales mandatorias del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que cuando emanan de un régimen de habilitación general.

5. OTRAS CONSIDERACIONES

Finalmente, se podrían señalar otras consideraciones respecto de la distribución de funciones en la organización institucional del sector, en especial la falta de claridad en la delimitación de las funciones de inspección, vigilancia y control en los servicios de televisión a cargo del MINTIC, y asignadas a la ANE⁶⁵.

Al resolver conflictos negativos de competencias entre la ANTV en liquidación, el MINTIC y la ANE, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estableció unos lineamientos sobre la competencia para conocer de los procesos sancionatorios que venía adelantando la ANTV contra operadores clandestinos del servicio público de televisión, en especial, cuando no utilizan el espectro, a pesar de cierta antinomia, o por lo menos falta de claridad, en las normas que regularon esta función para el MINTIC y la ANE⁶⁶.

65 Las funciones de la ANE estaban consagradas en el artículo 5.º de la Ley 1507 de 2012 y posteriormente fueron recogidas por el artículo 36 de la Ley 1978 de 2019.

66 Debido al gran número de conflictos resueltos en ese sentido, se citan solo algunos de ellos: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 2 de junio de 2020. Rad. n.º: 11001-03-06-000-2020-00051-00 y Decisión del 17 de junio de 2020. Rad. n.º: 11001-03-06-000-2020-00050-00. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resolvió 62 conflictos negativos sobre la competencias para adelantar estos procesos. Para ello señaló que las funciones de inspección, vigilancia y control sobre la prestación del servicio de televisión corresponden al Ministerio, salvo las relacionadas con la prestación del servicio de televisión cuando se utilice el espectro, las cuales fueron asignadas a la ANE por el artículo 15 de la Ley 1507 de 2012, y con posterioridad ratificadas por el artículo 36 de la Ley 1978 de 2019, y aquellas referentes al tema

Así mismo, sobre las funciones atribuidas a la Sesión de Contenidos Audiovisuales por el artículo 22, numerales 25 a 30, en especial el numeral 26^[67], y la reserva de ley en materia de potestad sancionatoria⁶⁸, que ameritaría un estudio aparte sobre el alcance de las funciones del regulador, y sus potestades, en este caso sancionatorias.

De otra parte, no se fortalecieron las funciones sancionatorias del órgano regulador, que resultan exiguas para asegurar el cumplimiento de sus normas regulatorias, salvo lo previsto en el numeral 19 del artículo 22 para la renuencia de los PRST a suministrar información, o cuando las condiciones de calidad definidas por esta autoridad no se cumplan. En estos casos las sanciones están limitadas a la imposición de multas⁶⁹.

Por último, aunque se incorporan en la ley las funciones de la Comisión de Regulación en materia de televisión en términos mucho más claros que en la antigua Ley 1507 de 2012, este órgano regulador sigue con limitaciones importantes respecto de su necesaria autonomía, no solo frente a los regulados sino también a las autoridades políticas, que refrende lo que la doctrina ha denominado su neutralidad política⁷⁰.

de contenidos, que fueron atribuidas a la CRC por el artículo 39 de la Ley 1978 de 2019. Por lo anterior, en los casos referidos la Sala concluyó que la competencia para continuar con los procesos administrativos sancionatorios contra operadores clandestinos del servicio público de televisión, en la medida en que la operación no involucre la utilización del espectro radioeléctrico, está en cabeza del MinTIC.

- 67 Esta norma faculta al regulador para “Establecer prohibiciones para aquellas conductas en que incurran las personas que atenten contra el pluralismo informativo, la competencia, el régimen de inhabilidades y los derechos de los televidentes”. Se trata de una facultad heredada de la antigua Comisión Nacional de Televisión (CNTV) de rango constitucional. En su caso, podría considerarse su consonancia con la Constitución, tratándose de una autoridad administrativa independiente que busca preservar valores constitucionales relevantes, como la imparcialidad y la garantía del derecho a la información, y los reglamentos que pudiera expedir, con fundamento en la Constitución. Sin embargo, en una autoridad administrativa como la CRC puede resultar discutible que tenga la facultad de consagrar mediante acto administrativo prohibiciones en los términos de la norma expuesta.
- 68 A. OSPINA GARZÓN. “El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo, en el poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción”, en A. MONTAÑA PLATA y J. RINCÓN CÓRDOBA (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 53.
- 69 L. ARROYO JIMÉNEZ. “El régimen sancionador de los mercados de telecomunicaciones”, *Revista de Administración Pública*, n.º 167, Madrid, mayo-agosto de 2005, p. 266. G. CALDERÓN CRUZ. *La necesidad de atribuir potestad sancionatoria al órgano regulador del mercado de las comunicaciones en Colombia*, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 86.
- 70 J. SALA ARQUER. “El Estado neutral: Contribución al estudio de las Administraciones Independientes”, *REDA*, n.º 42, Madrid, Civitas, 1984.

CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, en los últimos años el país ha sido testigo de un importante esfuerzo por consolidar el régimen jurídico de las TIC. Prueba de ello es el hecho de que en un periodo de diez años fueron promulgadas dos importantes leyes, la 1341 de 2009 y la 1978 de 2019. Estas normativas han tenido como fin último promover el acceso de los ciudadanos a las TIC, especialmente de aquellos que se encuentran en las zonas más apartadas del país.

En ese sentido, pueden identificarse las bondades que trajo consigo la nueva normativa, entre ellas, la ampliación del término de duración del permiso de uso del espectro radioeléctrico, de diez a veinte años, lo cual estimula la vinculación del sector privado, puesto que se le otorgan condiciones de estabilidad y permanencia a los PRST, y a su vez redundan en el bienestar de los usuarios.

Así mismo, se cuentan los avances, aunque tímidos, en materia de fortalecimiento de la autonomía de la CRC, al dotarla de personería jurídica y reiterar su no sujeción a control jerárquico o de tutela alguno, y la incorporación parcial de los servicios audiovisuales en la ley, la cual, pese a ser insuficiente, constituye un paso más hacia la convergencia de los servicios de telecomunicaciones. Finalmente, y con objeto de asegurar la confluencia en las cargas económicas, se destaca la consagración de un régimen de contraprestación único a favor del FON TIC, el cual se erige como un importante instrumento para garantizar las obligaciones de servicio universal.

Sin perjuicio de estos beneficios, queda un importante camino por recorrer, en especial por los vacíos y la falta de regulación de la ley en materia de las TIC, que no son telecomunicaciones, y que siguen limitadas a una serie de principios orientadores y propósitos sin respaldo en instrumentos efectivos de intervención.

En efecto, si bien las TIC corresponden a un sector cambiante y dinámico afectado por el avance tecnológico, y se reconoce la dificultad de establecer una regulación, y en ocasiones la conveniencia de no hacerlo, lo cierto es que durante el debate legislativo se identificaron, por un lado, la flagrante insuficiencia del marco normativo de las TIC para hacer frente a la convergencia tecnológica y de mercados, y por otro, la correlativa necesidad de fortalecerlo. Pese a ello, en la Ley TIC no se materializó este fin y, por el contrario, el texto normativo aprobado presenta ostensibles omisiones respecto del régimen jurídico de estas tecnologías y de las autoridades que tienen competencia

sobre ellas, toda vez que no se les otorgaron funciones expresas y claras, en especial a la CRC que, en teoría, es el regulador de las TIC.

Lo anterior, cobra mayor relevancia respecto de las garantías para la libre competencia y la protección al consumidor que, si bien podrían remitirse al régimen general, dadas las particularidades e importancia del sector resulta indispensable emitir una regulación que permita garantizar el interés general ínsito en las TIC, máxime en los difíciles tiempos actuales que han potenciado la importancia del sector en todos los ámbitos de la vida en sociedad. Aunado a ello, no existe duda acerca de la imperiosa necesidad de cambiar las reglas del juego para nivelar la cancha entre operadores, y la importancia de establecer verdaderos y efectivos marcos de protección al consumidor frente a los nuevos mercados digitales con clara tendencia a acaparar el mercado.

Resulta manifiesto, y cada día con mayor razón, la importancia de que mediante instrumentos, principalmente de regulación, el Estado proteja los derechos de los usuarios, especialmente, pero no solo, respecto de sus datos cuando utilizan las plataformas para atender sus diversas necesidades. Así mismo, es notoria la concentración del mercado que involucra a las grandes plataformas que impiden otras alternativas a los usuarios y que han dado lugar en varios casos a la imposición de sanciones por las autoridades de otros países o comunitarias.

Por otra parte, es fundamental que se apliquen las disposiciones de las leyes 1341 de 2009 y 1978 de 2019, sin olvidar que el fin último de la intervención del Estado en el sector de las TIC es satisfacer el interés general, lo cual se logra protegiendo a los usuarios y promocionando la libre competencia; desde ese punto de vista, la promoción de la inversión no puede ni debe tener el mismo nivel jerárquico en el marco constitucional de los servicios de telecomunicaciones que en el de las finalidades de las TIC, esto es, acceder a la sociedad de la información y el conocimiento. La configuración legal de este principio puede ser problemática no solo respecto de su alcance sino también de su dudoso ajuste a las normas constitucionales que regulan, en especial, el servicio público de las telecomunicaciones.

En cuanto a otros asuntos tratados por la ley, es imperativo revisar la definición de la maximización del bienestar social, incorporada en el párrafo tercero del artículo 11, para acceder al uso del ERE, como el bien más importante de recursos escasos en las telecomunicaciones, puesto que, como se explicó en detalle, el carácter meramente enunciativo, ambiguo y general de la norma, podría atentar contra las finalidades de la ley y los postulados del

servicio universal, al dar paso, por ejemplo, a que se privilegien situaciones de rentabilidad sobre la necesidad de cobertura y el consecuente bienestar de los usuarios. Incurren las normas en una falla al establecer pautas muy amplias para que el Mintic incorpore criterios de selección objetiva para el uso del ERE y para cuantificar la contraprestación, en especial, sobre las obligaciones de hacer, cuya importancia no es minúscula, toda vez que pueden corresponder hasta el 60 % del monto total.

Otro reto de suma relevancia que pasó inadvertido al legislador corresponde a la delimitación de los ámbitos competenciales de la CRC en su función de regulación para resolver controversias entre los PRST, y de los jueces o árbitros en su función jurisdiccional para resolver controversias contractuales, en especial, las originadas en acuerdos de interconexión. Lo anterior, con mayor razón si se tiene en cuenta que esta función regulatoria fue extendida a los proveedores de redes y servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora. La intervención legislativa en esta materia era fundamental para otorgar seguridad jurídica a la resolución de estas controversias.

Ante la omisión de la ley al no definir estas competencias, el tema seguirá en la incertidumbre y al vaivén de las interpretaciones prejudiciales del Tribunal Andino de Justicia, de los laudos de los tribunales de arbitramento y de los fallos proferidos por el Consejo de Estado, en particular, las decisiones de la Sección Primera que viene conociendo sobre medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos emitidos por la CRC.

Ahora bien, en estos comentarios se esbozaron también algunas observaciones relativas a la ausencia de claridad normativa en la distribución de funciones de inspección, vigilancia y control en los servicios de televisión a cargo del MinTic y de la Agencia Nacional del Espectro, lo cual ha generado no pocos conflictos de competencias. De igual modo, se hizo referencia al problema no resuelto de la ausencia de facultades sancionatorias en cabeza de la CRC, lo cual, sin duda, debilita el papel del regulador en el mercado de las telecomunicaciones y otorga a un órgano eminentemente político, como el Mintic, el poder decisorio sobre los efectos y consecuencias que acarrea el incumplimiento de las normas regulatorias.

Finalmente, la ley presenta ciertos problemas prácticos de aplicación que podrían constituir transgresiones a los principios de igualdad y libre competencia. En efecto, en materia de habilitación del servicio de televisión abierta radiodifundida no es posible extraer una interpretación unívoca, pues de la

lectura de la norma se podría entender que los operadores actuales tendrían la facultad de mantenerse en el régimen actual de concesión, e incluso tendrían derecho a la renovación, o mutar al régimen de habilitación general, pero los nuevos operadores no tendrían otra opción distinta a la concesión. Si ese fue el propósito del legislador, será tarea de la jurisprudencia establecer si resulta consonante con la Constitución o si es necesario su condicionamiento para garantizar la observancia de normas superiores.

Es principio común y universal de la competencia que los actores del mercado que ofrezcan prestaciones idénticas, como sucede con los prestadores de servicios audiovisuales, tengan el mismo régimen jurídico, lo cual, al parecer, no sucede en el presente caso entre los operadores actuales y los eventuales nuevos operadores. La igualdad de oportunidades, que debe traducirse en similares normas de aplicación a todos los operadores, es la base esencial de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JIMÉNEZ, L. “El régimen sancionador de los mercados de telecomunicaciones”, *Revista de Administración Pública*, n.º 167, Madrid, mayo-agosto de 2005, pp. 265-297.
- BARTH, J. F. “Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís)”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 108, septiembre-diciembre de 2005, pp. 177-202.
- BERNAL PULIDO, C. “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, mayo-agosto de 2006, n.º 77, pp. 51-75.
- CALDERÓN CRUZ, G. *La necesidad de atribuir potestad sancionatoria al órgano regulador del mercado de las comunicaciones en Colombia*, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CARLÓN RUIZ, M. “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.). *Derecho de la regulación económica*, vol. 1, Madrid, Iustel, 2010.
- COMISIÓN DE LA REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. *El rol de los servicios OTT en el sector de las comunicaciones en Colombia, año 2019*, 2019, disponible en [<https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/ESTUDIO-OTT-COLOMBIA.pdf>].

- CHAMIE, J. F. “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, junio de 2013, pp. 115-132.
- ELIASSEN, K. A. y J. FROM. “Deregulation, privatisation and public service delivery: Universal delivery in telecommunications in Europe”, *Policy and Society*, n.º 27, 2009, pp. 239-248.
- FAJARDO MURIEL, A. “El espectro radioeléctrico en la Ley 1341 de 2009”, en E. GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), S. M. ORTIZ LAVERDE y L. M. HERRERA ZAPATA (coords.). *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC (Ley 1341 de 2009)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 405-440.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, n.º 159, Madrid, septiembre-diciembre de 2002, pp. 176 a 179.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, E. “Comentarios sobre la función de resolución de controversias en el sector de las comunicaciones en Colombia”, en E. GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), L. M. HERRERA ZAPATA, J. MURGUEITIO CABRERA y S. M. ORTIZ LAVERDE (coords.). *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisuales y TIC*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 797-835.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, E. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, E. “Los principios generales y los principios orientadores en la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, en E. GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), S. M. ORTIZ LAVERDE y L. M. HERRERA ZAPATA (coords.). *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC (Ley 1341 de 2009)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, E. y C. GÓMEZ GRACIA. Regulación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. ¿Utopía o realidad?”, en L. F. MORENO CASTILLO (dir.) y L. A. ORTIZ ZAMORA (coord.). *Anuario iberoamericano de regulación: Hacia una regulación inteligente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- HERRERA ZAPATA, L. “Un especial análisis de la función de resolución de conflictos de la comisión de regulación”, en E. GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), L. M. HERRERA ZAPATA, J. MURGUEITIO CABRERA y S. M. ORTIZ LAVERDE (coords.). *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisuales y TIC*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 837-875.

- LAGUNA DE PAZ, J. C. *Servicios de Interés Económico General*, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2009.
- MARCHANT, G. E. “The growing gap between emerging technologies and the law”, en G. E. MARCHANT, B. ALLENBY y J. HERKERT (eds.). *The growing gap between emerging technologies and legal-ethical oversight*, Dordrecht, New York, Springer, 2011.
- ØLYKKE, G. S. y P. MØLLGAARD. “What is a service of general economic interest?”, *European Journal of Law and Economics*, n.º 41, 2016.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). “Comentarios preliminares al proyecto de ley para la modernización del sector TIC”, disponible en [<http://www.partidocambioradical.org/wp-content/uploads/2019/03/Comentarios-OCDE-Proyecto-de-Ley-Modernizacion-del-Sector-TIC-final.pdf>], consultada el 20 de julio de 2020.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). “Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia”, 2014, disponible en [https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/estudio-de-la-ocde-sobre-politicas-y-regulacion-de-telecomunicaciones-en-colombia_9789264209558-es#page7], consultada el 10 de julio de 2020.
- OSPINA GARZÓN, A. “El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo”, en A. MONTAÑA PLATA y J. RINCÓN CÓRDOBA (eds.). *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 19-70.
- PERDOMO VILLAMIL, C. *La dimensión organizativa del regulador de las comunicaciones en Colombia. Panorama actual y propuestas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- RINCÓN CÓRDOBA, J. I. *Teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte General*, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013.
- SALA ARQUER, J. “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones Independientes”, *REDA*, n.º 42, Madrid, Civitas, 1984.
- TABARQUINO MUÑOZ, R. A. “Los principios rectores de política pública de acceso y equidad como dimensiones de red de política pública de las TIC en Colombia 2009-2018”, *Estudios Políticos*, n.º 55, 2019.

ZEGARRA VALDIVIA, D. “Del servicio público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico”, *Revista de Derecho Administrativo*, 2012, n.º 12, pp. 13-43.

RESOLUCIONES

Resolución CRC 5369 de 2018.

Resolución CRC 5370 de 2018.

Resolución CRC 5371 de 2018.

Resolución CRC 5414 de 2018.

Resolución CRC 5415 de 2018.

Resolución CRC 5416 de 2018.

Resolución CRC 5537 de 2018.

Resolución CRC 5596 de 2018.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de febrero de 2012. Radicación n.º 25000-23-26-000-2003-01415-01 (32716).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2015. Rad. n.º 11001032600020150001800.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 2015. Rad. n.º 110010326000201500030-00(53.182).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de agosto de 2016. Rad. n.º 110010326000201500089-00(54.315).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 2016. Rad. n.º (55094).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de noviembre de 2016. Rad. n.º 11001-03-26-000-2015-00015-00 (52992).

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de octubre de 2016. Radicación n.º 11001-03-06-000-2016-00074-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de marzo de 2019. Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00217-00(2403).

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 2 de junio de 2020. Radicación n.º 11001-03-06-000-2020-00051-00.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 17 de junio de 2020. Radicación n.º 11001-03-06-000-2020-00050-00.

Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-099 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-554 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-403 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-570 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 2014.

Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia SU-095 de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia C-189 de 2019.

Laudo arbitral del 10 de octubre de 2014. Partes: Ocel S.A. (ahora Comcel S.A.) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P (ETB).

Laudo arbitral del 14 de octubre de 2014. Partes: ETB y Colombia Telecomunicaciones (COLTEL).

Laudo arbitral del 21 de octubre de 2014. Partes: Comcel y ETB.

Laudo arbitral del 3 de diciembre de 2014. Partes: ETB y EPM UNE Telecomunicaciones.

Laudo arbitral del 29 de mayo de 2015. Partes: Comcel y ETB.

Laudo arbitral del 1.º de septiembre de 2015. Partes: Comcel y ETB.

Laudo arbitral del 28 de diciembre de 2015. Partes: Comcel y ETB.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) han irrumpido en forma vertiginosa en todos los sectores de la nueva sociedad de la información y del conocimiento, de forma que ya no es posible entender los entornos de la sociedad actual sin analizar y comprender cómo ha sido permeada por estas tecnologías que conectan a los ciudadanos a través de las telecomunicaciones.

Diez años después de expedida, la Ley de TIC se reformó mediante la Ley 1978 de 2019. Estos dos acontecimientos justifican el nuevo proyecto investigativo que hoy presentamos a consideración de los lectores con el propósito de que conozcan sus contenidos, sus finalidades, sus aciertos, sus eventuales desaciertos y las mejoras que se pueden incorporar. Esta obra tiene como objetivo inicial analizar el nuevo marco normativo y las reformas introducidas con la Ley 1978 de 2019, muy orientadas al sector de las telecomunicaciones. La investigación se orienta a estudiar el derecho de la competencia en el sector de las TIC, así como los nuevos retos que la sociedad digital y las tecnologías disruptivas le plantean a la sociedad y al derecho administrativo en Colombia.

En consideración a su relación temática, y con el fin de facilitar su organización y lectura, la presente obra se divide en dos tomos: el primero relacionado con *Las TIC y las telecomunicaciones y el derecho a la competencia*, y el segundo referido al *Ecosistema digital en sus distintos desarrollos y las tecnologías disruptivas*.

No cabe duda de la importancia de esta obra, tanto para los lectores especializados como para los interesados en el sector de las TIC y las telecomunicaciones, y de su aporte para el análisis de las instituciones que lo conforman: los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, los proveedores de plataformas y servicios TIC, los usuarios y todos aquellos que de una u otra forma intervienen en la sociedad del conocimiento virtual.

