

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 5

*La arquitectura del regulador de las comunicaciones:
crónica de una paradoja anunciada*

ANÍBAL ZÁRATE PÉREZ *

CAMILO PERDOMO VILLAMIL **

SUMARIO

Introducción. 1. La arquitectura del regulador como reflejo de la evolución de los mercados de las telecomunicaciones. 1.1. Del reconocimiento de autonomías a la adición de garantías estatutarias de independencia. 1.1.1. El reconocimiento de autonomías a las estructuras encargadas de la regulación de los mercados de las telecomunicaciones. 1.1.2. La adición de garantías estatutarias de independencia. 1.2. La pretensión de crear un regulador convergente para los servicios públicos de telecomunicaciones y de televisión. 1.2.1. Convergencia tecnológica de los mercados de telecomunicaciones y de televisión, y la necesidad de instituir un regulador convergente. 1.2.2. La insatisfecha pretensión de instituir un regulador convergente para las telecomunicaciones y la televisión 2. El alcance de la arquitectura del regulador de las comunicaciones. 2.1. Los límites funcionales comprometen la calidad y la eficacia de la regulación del sector. 2.2. El control administrativo inherente, necesario y proporcional al regulador y a la regulación. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

A partir de un examen de la arquitectura de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) se busca identificar tanto los conceptos y principios que han dictado su desarrollo institucional, como los alcances y falencias en su diseño. Las distintas reformas que acompañaron los procesos de liberalización de las telecomunicaciones y, de manera reciente, la organización y el uso eficiente y convergente de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, revelan una fuerte tensión entre el clásico esquema de organización subordinado al ejecutivo, como fuente de legitimidad de los llamados a regular estos mercados, y la exigencia de contar con estructuras menos dependientes del poder político. Esta oscilación entre controles administrativos, convergencia tecnológica y garantías de independencia técnica

* Doctor en Derecho por la Universidad de París II, Panthéon-Assas. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co.

** Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: camilo.perdomo@uexternado.edu.co.

dificulta no solo la configuración del regulador, sino que también expone los retos que debe solventar el titular de la potestad organizativa durante la determinación de la fisionomía de las administraciones públicas, de lo que dan muestra los intensos debates con ocasión de la ley de modernización del sector.

PALABRAS CLAVE

Regulación, Comisión de Regulación de Comunicaciones, Unidad Administrativa Especial, autonomía, independencia.

INTRODUCCIÓN

La fisionomía del nuevo regulador colombiano de las comunicaciones y la televisión es expresión de la política pública de turno y no el producto de un ejercicio coherente en materia de diseño y organización administrativa. Si la determinación de las estructuras competentes para intervenir en los mercados de comunicaciones y contenidos audiovisuales constituyen tareas que no pueden ser predispuestas en abstracto¹, siendo admisible una aproximación a través de un ejercicio de ensayo y error², es de esperar que, luego de varios intentos³, la lección hubiese quedado aprendida. Sin embargo, la ausencia de referentes conceptuales claros al momento de determinar la estructura de la Administración⁴ terminó por establecer, una vez más, un marco institucional contrario a los objetivos de simplificación y modernización pretendidos por los autores de la reforma contenida en la Ley 1978 de

-
- 1 J. I. RINCÓN CÓRDOBA. *Teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 129.
 - 2 E. SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 262.
 - 3 Reformas contenidas principalmente en las leyes 142 de 1994, 1341 de 2009, 1507 de 2012 y 1753 de 2015.
 - 4 Tal como puede apreciarse en la exposición de motivos del Proyecto de Ley n.º 152 de 2018. Esta situación no es exclusiva al arreglo institucional del sector de TIC, y ALBERTO MONTAÑA. “La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la Administración pública”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2015, p. 40, ya denunciaba la ausencia de un norte conceptual claro en materia de organización administrativa con ocasión de la reforma general que llevó a la incorporación de agencias nacionales en la estructura de la Administración pública del orden nacional.

2019, al tiempo que se perpetuó la contradicción, de vieja data en nuestro ordenamiento jurídico, entre la necesidad de atribuir al regulador sectorial mayores garantías de independencia del poder político y la reivindicación competencial a favor del ejecutivo nacional.

El ejercicio de una actividad administrativa, como es el caso de la regulación económica, planteó desde la década de los noventa exigencias mayores para la institucionalidad llamada a ejercer las tradicionales actividades administrativas⁵. Se trata de obedecer a dos preocupaciones transversales de los ordenamientos jurídicos donde se adoptó el modelo de Estado de derecho⁶: la primera es la necesidad de independencia de la autoridad administrativa encargada de intervenir en temas relacionados con las libertades individuales de las personas, el pluralismo y el mantenimiento del sistema democrático, como forma de proteger estos valores de los abusos que pueden significar las preferencias de las mayorías en el poder. La segunda es la de procurar un peritaje técnico, imparcial y que atienda a objetivos a largo plazo en aquellos mercados e industrias en redes que habían estado organizados bajo la forma de monopolios públicos de titularidad estatal⁷. Esto implicaba la introducción de una forma distinta de intervenir, tanto desde el aspecto sustancial (actividad), como desde el aspecto organizativo (regulador)⁸. Este nuevo panorama

5 Por actividades tradicionales entendemos el servicio público y la policía administrativa, las cuales son llamadas a ser ejercidas por moldes organizativos igualmente tradicionales. En relación con las actividades administrativas y su configuración, cfr. A. MONTAÑA PLATA. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 127 a 166.

6 “El ingreso con ímpetu del Estado en el campo de las actividades productivas fue una de las manifestaciones esenciales del movimiento de crecimiento experimentado durante el siglo XX: hegemónico en los países socialistas, a causa de la socialización de la producción, dominante en los países en vías de desarrollo, en razón de la insuficiencia del capital privado, el sector público económico tenía así conquistado, en los países liberales, un lugar estratégico [...] Esta concepción se volvió caduca, bajo el efecto de presiones internas y externas: mientras que las virtudes de la gestión pública estaban cada vez más controvertidas, la liberalización de los intercambios condujo al cuestionamiento de los monopolios; y el final del modelos socialista así como del modelo de desarrollo centrípeto causó el desmantelamiento de sectores públicos allí donde se habían convertido en hegemónicos o dominantes”: J. CHEVALLIER. *El Estado posmoderno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 104.

7 Si bien estas preocupaciones marcan la aparición de reguladores independientes primero en Europa continental y luego en América Latina, la aparición originaria de este tipo de autoridades en el derecho federal estadounidense puede tener otras explicaciones, ligadas a la política intervencionista del *New Deal* e incluso antes, por el sistema político bipartidista propio a ese país; P. M. CORRIGAN y R. L. REVESZ. “The Genesis of Independent Agencies”, *N.Y.U. L. Rev.*, 92, 2017, p. 637.

8 “Sin embargo, el Estado no ha perdido, en gran medida, el estatuto de agente económico que

puede comprobarse en el marco constitucional introducido en 1991, en el que se observa un cambio en el rol del Estado frente a los servicios públicos, el cual incluyó la actividad específica de regulación de los mercados en que se prestan dichos servicios⁹. Como era apenas lógico, surgió la problemática referida en el escenario de apertura del mercado, propio de los procesos de liberalización y privatización de industrias en redes, de instituir una Administración pública idónea y apta para responder a estas nuevas realidades, tanto desde la perspectiva funcional, como desde aquella organizativa.

Aunque desde hace unos años los servicios de las comunicaciones y de contenidos audiovisuales vienen experimentando procesos de convergencia tecnológica que conducen a plantear la necesidad de erigir reguladores convergentes, en un principio la realidad era bien diversa. De una parte, nuestra Constitución reconoció al servicio de televisión un rol cardinal para el ejercicio de libertades y para el adecuado funcionamiento de nuestra democracia¹⁰ y, en consecuencia, previó la necesidad de contar con un “organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio”¹¹. De otra parte, en relación con el servicio de las telecomunicaciones, la Constitución no prefiguraba, ni siquiera someramente, las características y garantías de autonomía e independencia del órgano encargado de intervenir en dichos mercados, por lo que esto dependería del contenido y alcance que el titular de la potestad

había conquistado, lo cual no significa que renuncia a todo derecho de vigilancia sobre la economía. [...] La regulación implica una nueva concepción del papel del Estado en la economía”: J. CHEVALLIER. *El Estado posmoderno...*, cit., p. 108.

9 Artículos 333, 334 y 365 de la Constitución Política (CP).

10 “La televisión, sobra decirlo, ocupa, un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política, o más grave aún de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia [...] exige[n] [...] que su manejo se guíe en todo momento por el más alto interés público y que ningún sector o grupo por sí solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente”: Corte Constitucional (CC.). Sentencia C-597 de 1995.

11 Según la provisión original contenida en el artículo 76 CP.

organizativa le diera a la actividad de regulación¹². A pesar de que ambos mercados podían ser catalogados como servicios públicos, la configuración de los reguladores tenía puntos de partida diversos y, por tanto, la misma transitó por caminos separados. Se crearon así una Comisión Nacional de Televisión (CNTV) como un órgano autónomo de origen constitucional¹³, y una Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones¹⁴ (CRC, desde 2009).

Esto contrasta, desde una perspectiva organizativa, con el resultado obtenido con la ley de modernización del sector de TIC, al revelar cómo las transformaciones tecnológicas que este viene experimentando sirven de impulso a la pretensión de adaptar los reguladores de comunicaciones y contenidos audiovisuales para adecuarlos a dichos desarrollos, incluida la irrupción de tecnologías disruptivas¹⁵, y a la convergencia como una nueva característica de esos mercados¹⁶. La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) es presentada por los autores de la reforma como un regulador único y convergente¹⁷, que además responde al interés común de ubicar la

12 “En efecto, estas comisiones de regulación no son órganos de carácter constitucional aunque su creación, como la de otras estructuras administrativas o instituciones, se encuentra autorizada por varias disposiciones constitucionales, a saber, el numeral 7 del artículo 150 [...] y el artículo 211 [...] Estas normas constitucionales facultan al legislador para crear diversas entidades o estructuras administrativas del orden nacional. La decisión de crearlas, de definir su perfil institucional y de determinar el grado de independencia de tales estructuras o entidades y su relación con otros órganos nacionales, se encuentra dentro del margen de configuración del legislador. De tal manera que la Constitución no ordena que existan comisiones de regulación de los servicios públicos, pero sí autoriza al legislador para crearlas cuando estime que este tipo de órgano es el adecuado para hacer cumplir el régimen de la regulación de los servicios públicos. También podría el legislador decidir suprimir tales comisiones o, por el contrario, modificar su perfil institucional y ampliar su grado de independencia. En el presente proceso, la Corte parte de la base legislativa que define las características de las comisiones de regulación de los servicios públicos”: CC. Sentencia C-150 de 2003.

13 Cfr., por ejemplo, CC. Sentencias C-729 de 2009, C-532 de 2006, C-560 de 2001, C-395 de 1997, C-497 de 1995.

14 Artículo 69, Ley 142 de 1994.

15 W. A. KAAL y E. P. M. VERMEULEN. “How to Regulate Disruptive Innovation-From Facts to Data”, *Jurimetrics Journal*, 57, 2017, p. 169.

16 M. FENWICK, W. A. KAAL y E. P. M. VERMEULEN. “Regulation Tomorrow: What Happens when Technology is Faster than the Law”, *AUBLR*, 6, 2017, p. 561.

17 La necesidad de instituir un único regulador para mercados que a nivel tecnológico había demostrado recorrer una tendencia irreversible hacia la convergencia que suponía fusionar, al menos, la CNTV y la CRC. “Por lo demás, la televisión también constituye un medio de comunicación que ofrece programación dirigida al público en general y que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución y recepción de señales de audio y video en forma simultánea. En virtud de esta última condición, la televisión ha asumido una posición influyente en la sociedad, pues

regulación del sector en manos de autoridades que posean mayores garantías de independencia frente al ejecutivo¹⁸. Si las reflexiones aquí expuestas se centran en la fisonomía del nuevo regulador de las comunicaciones y la televisión, el alcance de esta “convergencia” y de su independencia no puede hacerse sin tener en cuenta las relaciones funcionales que mantiene con otras autoridades sectoriales llamadas a intervenir en dichos mercados, pero también con aquellas transversales competentes para proteger la competencia y los derechos de los consumidores.

Son varios los efectos derivados de esta transformación institucional que, si bien supuso el mantenimiento de unas garantías orgánicas de independencia que siempre han estado presentes para el regulador de los servicios de contenidos audiovisuales, deja ver también una especie de reivindicación por el ejecutivo de las funciones y áreas de intervención, que merece ser abordada aquí. Asimismo, pareciera que los avances que el nuevo regulador representa para el sector de las comunicaciones no tuvieran el mismo impacto para aquel encargado de organizar los mercados de servicios audiovisuales. Puesto que el alcance de la independencia, como atributo que poseen algunas autoridades en relación con las ramas tradicionales del poder público, requiere el estudio de los elementos exteriores susceptibles de debilitarla, es necesario abordar los controles que se deben surtir sobre el regulador y la regulación, pues estos a su vez deben tener los suficientes dientes para garantizar la no arbitrariedad y el sometimiento al derecho, pero sin vaciar o lesionar el contenido mismo de las garantías de independencia que tanto han costado al regulador. Establecer si estamos ante una autoridad convergente e independiente, esto es, si la arquitectura de la CRC corresponde a una adecuación que no es meramente cosmética, implica en primer lugar identificar cuáles son los componentes internos de independencia y de convergencia que

corresponde al medio que mayor penetración ha tenido en las personas y en los hogares, por encima de los periódicos, las revistas o la radio. Quizás, hoy en día, la realidad del mercado convergente le plantea nuevos retos, como ha sido advertido por las autoridades del sector, ya que la existencia de los dispositivos multipropósitos, aunado al Internet y a las redes sociales, permiten la generación de contenidos que se dirigen a consumidores personalizados y que han acentuado la competencia en el mercado de las telecomunicaciones”: CC. Sentencia C-359 de 2016.

18 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). “Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia”, 2014, p. 92 y 93, disponible en [<https://www.oecd.org/internet/colombia-telecom-review.htm>], consultada el 12 de abril de 2020.

posee (1), antes de determinar su alcance frente a los elementos funcionales y organizativos susceptibles de comprometerlas (2).

I. LA ARQUITECTURA DEL REGULADOR COMO REFLEJO DE LA EVOLUCIÓN DE LOS MERCADOS DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los rápidos y constantes desarrollos que experimentan las tecnologías de la información y las comunicaciones determinan la arquitectura de los reguladores. La reforma de modernización reconoce la independencia orgánica del regulador como algo necesario para promover la competencia y asegurar mayores eficiencias e innovación en los mercados de las comunicaciones (1.1); al tiempo que se pretende responder, con la creación de un regulador único, a las exigencias derivadas de la convergencia que resulta de la implementación de nuevas tecnologías (1.2.).

I.1. DEL RECONOCIMIENTO DE AUTONOMÍAS A LA ADICIÓN DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE INDEPENDENCIA

Si legislador reconoce varias dimensiones de autonomía a las autoridades encargadas de organizar la regulación de los mercados de las comunicaciones (1.1.1), la atribución de garantías de independencia estatutaria al regulador convergente, más allá de un período fijo y escalonado para sus comisionados de dedicación exclusiva, es representativo de una progresión para el regulador de las comunicaciones, pero no para aquel del servicio público de televisión (1.1.2)¹⁹.

19 El principal cambio que sufrió la intervención del Estado en materia de servicio público de televisión con la expedición del Acto Legislativo 002 de 2011 consistió en que la entidad encargada de ejercer la referida función dejó de tener inspiración y consagración constitucional, por lo que el constituyente derivado determinó que el legislador sería el competente para “fijar la política en materia de televisión”, y expedir “las normas mediante las cuales se defina la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión”. Es decir, la entidad encargada de la intervención estatal pasó de ser “un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio”, que se consideró como organismo autónomo de creación constitucional, a convertirse en “una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional, con personería jurídica,

I. I. I. EL RECONOCIMIENTO DE AUTONOMÍAS A LAS ESTRUCTURAS ENCARGADAS DE LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS DE LAS TELECOMUNICACIONES

Desde sus orígenes como Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), la autoridad encargada de promover la competencia, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y asegurar la protección de los derechos de los usuarios fue erigida como una Unidad Administrativa Especial (UAE)²⁰. Si este término se enuncia dentro de la tipología de organismos y entidades que integran la Rama Ejecutiva en lo nacional²¹, no parece existir aún un referente claro respecto del objeto material de este tipo de autoridades²², asociado al cumplimiento de funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo²³.

El recurso por el legislador a un molde organizacional menos rígido, que ya había sido utilizado en la práctica para referirse a diferentes estructuras, algunas de las cuales respondían incluso a otras categorías de órganos de naturaleza pública²⁴, puede encontrar una primera explicación en la hete-

autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, la cual formará parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones”, en los términos del artículo 2.º de la Ley 1507 de 2012. Y de allí pasó a integrar un regulador convergente, cuyo alcance se estudia a lo largo de este capítulo.

20 El artículo 69 de la Ley 142 de 1994 estableció como Unidades Administrativas Especiales (UAE) sin personería jurídica a las Comisiones de Regulación de Energía y Gas Combustible (CREG), de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), y de Telecomunicaciones (CRT). Pese a que con la expedición de la Ley 1341 de 2009 a las telecomunicaciones y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia dejaron de aplicarles por regla general las disposiciones de la Ley 142 de 1994, el legislador no modificó la naturaleza de la comisión cuando la transformó de CRT a CRC. Tampoco se alteró esta calificación al momento de su transformación como regulador único (art. 15, Ley 1978 de 2019).

21 Artículo 38, Ley 489 de 1998.

22 A. MONTAÑA. “La incorporación de agencias...”, cit., p. 40.

23 De ese modo, las UAE son estructuras que, conforme lo señalado en el artículo 67 de la Ley 489 de 1998, cuando hacen parte del sector central de la rama ejecutiva son creadas por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, y que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo. A su vez, los artículos 38 y 82 de la misma ley señalan que hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva las UAE que, además de la autonomía administrativa y financiera, posean personalidad jurídica; cfr. también, CC. Sentencia C-722 de 1999.

24 Es posible observar cómo con los años el término gana en extensión lo que pierde en contenido. Pese a que la Corte Suprema ya había precisado el concepto (sent. del 30 de abril de 1981, exp.

roogeneidad de los fines e instrumentos de la regulación²⁵. Frente a ello, la determinación de lo que debe entenderse por este concepto, más allá de la definición restrictiva contenida en la ley de servicios públicos domiciliarios, se afirma permitiría superar esta tipología, esto es, atribuir un diseño institucional más acorde para las autoridades encargadas de su arreglo²⁶. Sin embargo, esta postura, anclada a una visión de nuestro derecho de la organización como aquel compuesto por categorías de autoridades a las que corresponde una actividad administrativa específica, contrasta con las transformaciones experimentadas con ocasión de la incorporación de un gran número de agencias estatales²⁷, denominación que no solo es extraña

n.º 837), se le dio este calificativo a entidades que ya tenían otro, como ocurrió con ciertas superintendencias. Para otros ejemplos de esa evolución del término UAE hacia un concepto genérico, menos rígido, cfr. C. SARRIA. “¿Las agencias son unidades administrativas especiales?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2015, p. 245.

25 La función de regulación se puede manifestar en diversas facultades e instrumentos normativos. Para el juez constitucional, “En un extremo se encuentra la facultad de normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten las reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios del mismo lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación [...]”: CC. Sentencia C-150 de 2003. Se trata de una tarea compleja, y las autoridades a las cuales se confía una misión regulatoria ejercen diferentes tipos de poderes con una amplia libertad en relación con, o incluso más allá de, los cánones legales, lo que plantea serios problemas jurídicos si procuramos interpretar esa actividad en el ámbito del derecho administrativo tradicional; cfr. S. TAVARES DA SILVA. “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”, *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho administrativo*, Madrid, Iustel, Universidad de Córdoba, 2012, p. 109. Una acepción amplia de la regulación como una forma de intervención general en la economía, se puede distinguir de una actividad administrativa específica para procurar condiciones de competencia en ciertos mercados, antes organizados bajo la forma de monopolios de titularidad pública; cfr. Consejo de Estado (CE). Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016, rad. n.º 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291). Otras construcciones plantean que la regulación puede ser transversal o sectorial, en razón de si recae o no sobre una misma área de actividad. O bien directa o indirecta, atendiendo si está principalmente orientada a la actividad o su resultado, o si el Estado se convierte en agente del mercado o actúa a través de particulares; CC. Sentencias C-150 de 2003, C-228 de 2010). La investigación consignada en este capítulo no tiene por objeto revelar las distintas caras de la *regulación* económica. Tampoco pretende agotar el examen de las actuaciones públicas en el sector de las telecomunicaciones.

26 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, 2018, p. 17.

27 Parece existir una tendencia convergente, al menos entre los países miembros de la OCDE, que hace

a estas mismas categorías, sino que tampoco representa una nueva casilla en la organización administrativa colombiana²⁸.

Al margen de los interrogantes que los términos UAE y agencia suscitan en nuestro ordenamiento jurídico²⁹, lo cierto es que ambas denominaciones encierran una preocupación por encontrar referentes menos rígidos en los cuales se puedan concebir distintas funciones a ejercer, pero sobre todo márgenes de acción más amplios para su cumplimiento. Esta intención quedó inscrita en la reforma de 1968 para aquellas unidades de servicio creadas al interior de un ministerio o departamento administrativo que, por la naturaleza de los programas a cargo, o por el origen de los recursos que empleaban, debían escapar del régimen administrativo ordinario³⁰. La calificación posterior de la UAE como una tipología de autoridades que hacen parte de la Rama Ejecutiva no es otra cosa que el reconocimiento que hace la ley a los diversos organismos y entidades que fueron apareciendo en la práctica y que, a pesar de continuar adscritos a un órgano principal de la Administración pública, se ubicaron por fuera de su estructura, con autonomía administrativa y financiera³¹ y, con ocasión de la atribución de la personalidad jurídica,

que las agencias se multipliquen hasta un punto tal que incluso algunos autores como POLLITT han llegado a catalogarlas como “accesorios de moda”; cfr. A. BOTO. “La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro en una España en crisis”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2015, p. 50. Sobre este punto vale la pena indicar que, producto de las facultades extraordinarias que se le otorgaron al presidente de la República con la reforma contenida en la Ley 1444 de 2011, se crearon veinticuatro unidades administrativas y diez agencias, de las cuales siete también fueron catalogadas como UAE y, las restantes tres se definieron como “agencias nacionales estatales de naturaleza especial”. Con posterioridad a la reforma, la Ley 1507 de 2012 estableció la Autoridad Nacional de Televisión “como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional”. Siguiendo con esa tendencia, desde 2015 se organizaron la Agencia Nacional de Tierras (Dcto. Ley 2363 de 2015), la Agencia de Desarrollo Rural (Dcto. Ley 2364 de 2015) y la Agencia de Renovación Territorial (Dcto. Decreto Ley 2366 de 2015), todas definidas como “agencias nacionales estatales de naturaleza especial”.

28 A. ZÁRATE. “El eufemismo del término agencia en el ordenamiento jurídico colombiano”, en DANIEL CASTAÑO (ed.). *El Derecho administrativo como idea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 341 a 410.

29 *Ibid.*; cfr. también, A. MONTAÑA. “La incorporación de agencias...”, cit., pp. 27 a 43; M. C. GARRIDO. “Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, 2017, pp. 243 a 290.

30 Artículo 1.º, Decreto Ley 1050 de 1968.

31 Artículo 67, Ley 489 de 1998; estas autonomías buscan reforzar aquella funcional que permite a un organismo de la administración el ejercicio de sus competencias y funciones especializadas que le han sido asignadas (CC. Sentencia C-341 de 1996). Una primera autonomía que suele acompañarse es la administrativa o de gestión, que por lo general incluye aquella financiera cuando

también en su dimensión patrimonial. De este modo, se observa que la actual Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) y la Agencia Nacional del Espectro (ANE) fueron primero creadas como unidades administrativas especiales sin personería jurídica, esto es, como organismos pertenecientes al sector central de la Rama Ejecutiva, antes de que les haya sido atribuida la personalidad moral, como medio para hacerlas menos dependientes del ejecutivo³². Encontramos aquí una explicación a la confusión que existe en derecho colombiano entre las Autoridades Administrativas Independientes (AAI) y las estructuras denominadas Unidades Administrativas Especiales y Agencias³³, en el sentido de que las preocupaciones que inspiran la creación de estos organismos pueden ser comunes: se trata de escapar al esquema tradicional de organización de la Administración, estructurado bajo el principio jerárquico y la autoridad directa de un ejecutivo unitario³⁴.

Aunque con ambas figuras se intenta dar respuesta a críticas sobre la falta de imparcialidad y racionalidad del aparato administrativo, mediante la atribución de competencias administrativas a estructuras más o menos

los recursos a manejar son de ese tipo, y a menudo de una dimensión presupuestal que permite a las entidades elaborar y ejecutar su propio presupuesto.

- 32 De acuerdo con el artículo 105 de la Ley 489 de 1998, “El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades”. Sobre el alcance del control de tutela, cfr. CE. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de julio de 2016, rad. n.º 11001-03-06-000-2015-00137-00(2266).
- 33 Es el caso de quienes coordinaron la reforma administrativa del Gobierno Nacional en 2011, con base en las facultades otorgadas por la Ley 1444 de dicho año, en la cual se adoptó de manera generalizada la denominación de *agencias estatales*. Entre las razones dadas por el gobierno para modificar la naturaleza de la Agencia Nacional de Hidrocarburos se encuentra la “plena independencia en el sentido de la gestión de sus respectivos campos de actividades [...]”, que tienen autoridades que cumplen funciones similares en otros países; cfr. Agencia Nacional de Hidrocarburos. *Consolidación institucional del sector hidrocarburos, transformación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos*, Bogotá, Agencia Nacional de Hidrocarburos, Estudio técnico, 2011. Tampoco ha sido clara la distinción de ambos términos por la doctrina, cfr., por ejemplo, J. A. MELO MARULANDA. “La agencia nacional de hidrocarburos a la luz de la noción de agencia en el derecho comparado”, *Revista de Derecho público*, n.º 30, 2013, pp. 5-27.
- 34 Los detractores de la tesis del ejecutivo unitario encuentran que la explicación menos contestable a la independencia administrativa es una visión “renovada” de la separación de poderes; cfr. P. STRAUSS. “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Colum. L. Rev.*, 84, 1984, p. 575. En el caso colombiano, esta tesis se expresa en el artículo 113 CP, norma que reconoce la existencia de órganos externos a las tres ramas tradicionales del poder público para el cumplimiento de los fines del Estado. Este artículo constituye un fundamento para la creación por vía legal de un regulador único para las telecomunicaciones independiente de la rama ejecutiva.

desligadas de la rama ejecutiva³⁵, es posible operar una distinción entre las autoridades independientes y las unidades administrativas especiales, se denominen agencias o no³⁶: mientras que las últimas solo poseen varias dimensiones de autonomía, las primeras son independientes³⁷. Ahora bien, en el derecho colombiano se han empleado los términos independencia, de un lado, y autonomía, de otro lado, para definir cualidades reconocidas a algunos organismos; atributos que se designan de manera inversa en las acepciones de otros países, como lo demuestran los ejemplos francés y estadounidense³⁸. La indeterminación alrededor de estas nociones es palpable tanto en el texto constitucional³⁹ como en diferentes disposiciones legales,

35 Cfr., J. B. AUBY. “Droit administratif et démocratie”, en MARTINE LOMBARD (dir.). *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006, coll. Thèmes et commentaires, pp. 13-28; L. SCHULTZ BRESSMAN. “Deference and Democracy”, *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 75, 2007, pp. 761-781; cr., también, A. ZÁRATE. “El eufemismo del término agencia...”, cit., p. 344.

36 Ciertamente, un gran número de agencias son definidas legalmente como UAE. Otras en cambio son definidas como agencias estatales de naturaleza especial, las cuales se diferencian de las primeras en cuanto se les atribuye una autonomía técnica. Puesto que en la práctica esta autonomía requiere de unas garantías de independencia de que las agencias colombianas carecen, es posible afirmar que ni en su arquitectura, ni en sus funciones es posible distinguir ambas denominaciones, lo que además refuerza la idea de que las agencias no son una tipología de órganos. Asimismo, el calificativo de UAE para la mayoría de las agencias creadas en 2011 se explica por la ambigüedad que en su evolución ha caracterizado a los órganos que así se denominan. Para CONSUELO SARRIA. Op. cit., p. 245, “el concepto de unidad administrativa especial no es claro, y por ello se ha utilizado para darle ese calificativo a diferentes entidades dentro de la administración pública, sin rigor jurídico y siempre buscando un mayor grado de autonomía en relación con los organismos centrales de la administración”.

37 A pesar de que en países como Francia unas pocas autoridades independientes se han denominado agencias, como ocurre con la Agencia Francesa de Lucha contra el Dopaje (AFLD), la distinción entre ambas nociones parece ser menos difusa. Para el Consejo de Estado francés las autoridades son independientes, mientras que las agencias son solamente autónomas, sometidas a una tutela que se expresa por la conclusión de contratos plurianuales de objetivos y de medios o de gestión. H. PAULIAT. “Réfléchir aux agences, c’est réfléchir à l’organisation de l’État”, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, n.º 37, París, LexisNexis, 2012, act. 595.

38 A. ZÁRATE. *L’indépendance des autorités de concurrence...*, cit., p. 29 y ss. La jurisprudencia constitucional colombiana designa con el término *independencia legal* el conjunto de atributos reconocidos por el ordenamiento jurídico a órganos que, debido a esos mismos atributos, no gozan de una sino de varias dimensiones de autonomía en sistemas como el francés y el estadounidense. Al mismo tiempo, el juez constitucional emplea la expresión *autonomía constitucional* para referirse a la situación de la Banca central o de la Comisión Nacional del Servicio Civil, autoridades que poseen una serie de garantías estatutarias, distintas a la sola autonomía, y que, en otros sistemas, son referidas bajo el término de independencia; cfr. por ejemplo, CC. Sentencias C-827 de 2001 y C-351 de 2004.

39 El artículo 113 dispone que al lado de los órganos que integran las tres ramas del poder público “existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”.

lo que dificulta una lectura coherente de nuestra Administración pública en general y, de forma particular, de las autoridades llamadas a intervenir en los mercados de las telecomunicaciones. Basta con remitirnos a la Ley 1341 de 2009, en cuyo artículo 19 se indica que la CRC es una UAE sin personería jurídica “con *independencia* administrativa, técnica, patrimonial, presupuestal”⁴⁰, al tiempo que su artículo 25 dispone la creación de la ANE como una “Unidad Administrativa Especial del orden nacional, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sin personería jurídica, con *autonomía* técnica, administrativa y financiera”⁴¹.

Por independencia entendemos la condición de un organismo o entidad del orden nacional en relación con la Rama Ejecutiva, la cual es asegurada por un dispositivo orgánico que va más allá de la atribución de una o más dimensiones de autonomía, y que le permite sustraerse efectivamente de los controles administrativos jerárquico y de tutela en su funcionamiento. Se tiene entonces que cuando la ley de modernización de 2019 establece que la CRC es “una Unidad Administrativa Especial, del orden nacional, con independencia administrativa, técnica, patrimonial, presupuestal, y con personería jurídica”, se refiere a sus dimensiones de autonomía y no a sus garantías estatutarias de independencia. Si algunas de las garantías que hacen parte del dispositivo orgánico que poseen las autoridades calificadas como independientes en otros sistemas le fueron atribuidas a la CRC desde los años noventa, concretamente un período fijo y escalonado para sus comisionados de dedicación exclusiva, las demás solo le serían adicionadas con la reforma de 2019.

La autonomía administrativa⁴² reconocida a la CRC le confiere la posibilidad de autoorganizarse, autoadministrarse y tomar sus propias decisiones dentro del marco de la ley, como apoyo al cumplimiento de sus cometidos. Esto involucra la posibilidad de adoptar los actos jurídicos necesarios para la gestión de los recursos humanos, financieros y de cualquier otra índole puestos a su disposición, así como la facultad de fijar su organización y orientar el cumplimiento adecuado de sus misiones, entre ellas, la tarea de determinar su estructura y

40 Artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019, disposición última que atribuyó la personalidad jurídica a la CRC. Recordemos también cómo el artículo 67 de la Ley 489 de 1998, al referirse a las UAE, indica que se trata de órganos que poseen autonomías.

41 Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 modificado por el artículo 2.º del Decreto Ley 4169 de 2011.

42 CC. Sentencias C-1504 de 2000, C-784 de 2004 y C-655 de 2003.

las funciones de los empleos en el acto administrativo correspondiente⁴³. En ese orden de ideas, el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019 dispuso un plazo de seis meses, prorrogables por un término igual, para que la CRC adoptara su estructura y planta de personal⁴⁴, al tiempo que el numeral 15 del artículo 19 señala que le corresponde “Dictar su reglamento interno, así como las normas y procedimientos para el funcionamiento de la Comisión”.

La autonomía patrimonial⁴⁵ que se sustenta y deriva de la personería jurídica otorgada por la Ley 1978 de 2019 implica además que la CRC detenta un patrimonio independiente, como sujeto de derecho público que es, conformado por un conjunto de bienes y recursos que se distinguen o no entran a formar parte del patrimonio de la Nación⁴⁶. Esta autonomía lleva implícita

43 Conforme a lo establecido en el artículo 2.º de la resolución CRC 5917 de 2020, la autonomía administrativa de la entidad (mal llamada independencia) implica que sus actos no requieren autorización, ni son revisables por autoridad administrativa alguna y solo los de contenido particular y concreto están sujetos a recurso de reposición ante la misma entidad; al tiempo que la administración del personal vinculado a la CRC corresponderá a su dirección ejecutiva. Además, de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 sobre servidores públicos competentes para contratar, le corresponde al director de la entidad, como representante legal de la CRC, ordenar y dirigir la celebración de licitaciones para escoger contratistas, y celebrar a nombre de la entidad todos los contratos que sean necesarios para desarrollar sus funciones. Igualmente, el control interno de la CRC está bajo la responsabilidad del director ejecutivo, quien lo debe ejercer según las condiciones establecidas en la Ley 87 de 1993 y aquellas normas que la modifiquen o adicionen.

44 En cumplimiento de ese mandato, la CRC expidió las resoluciones 5918 de 2020, por medio de la cual se establece la estructura de la entidad, y 5878 del 17 de enero de 2020, por medio de la cual complementó, a través de la creación de varios cargos, la planta de personal que se había adoptado mediante el Decreto 090 de 2010 y modificado mediante el Decreto 1770 del 16 de agosto de 2013.

45 CC. Sentencias C-306 de 2004 y C-220 de 1997. Con la atribución de la personalidad jurídica a la CRC se pone fin a las dudas acerca de si la entidad contaba realmente con una dimensión patrimonial de la autonomía, puesto que mientras la Ley 1341 de 2009 señalaba entre sus atributos la “independencia patrimonial”, no le otorgaba la personalidad jurídica en la que se sustenta la misma; cfr. C. PERDOMO VILLAMIL. *La dimensión organizativa del regulador de las comunicaciones en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 150.

46 Entre las funciones de la CRC encontramos la de “Administrar y disponer de su patrimonio de conformidad con las normas legales y reglamentarias aplicables y manejar los equipos y recursos que se le asignen, los que obtenga en el desempeño de sus funciones, y cualquier otro que le corresponda” (num. 16, art. 19, Ley 1978 de 2019). El artículo 16 de la Ley 1978 de 2019 agregó el artículo 19A a la Ley 1341 de 2009, y en él determinó que el patrimonio del regulador único estará conformado por: 1. Los recursos recibidos por concepto de la contribución por regulación; 2. Los recursos que reciba por cooperación técnica nacional e internacional; 3. Los aportes del presupuesto nacional y los que reciba a cualquier título de la Nación o de cualquier otra entidad estatal; 4. El producido por la enajenación de sus bienes y por las donaciones de particulares; 5. Los rendimientos financieros de sus recursos, y 6. Los bienes muebles e inmuebles que adquiera a

aquella de carácter presupuestal⁴⁷ que habilita en su contenido esencial a ordenar y ejecutar los recursos apropiados conforme a las prioridades que su titular determine, y en armonía con los cometidos constitucionales y legales del respectivo órgano. En ese sentido, ella faculta a la CRC a elaborar y ejecutar su presupuesto en forma independiente, a través de la contratación y la ordenación del gasto⁴⁸. En contraste con el régimen presupuestal que estaba previsto para la ANTV, que por expresa disposición del párrafo 1 del artículo 2.º de la Ley 1507 de 2012 se asimiló al de un establecimiento público, en la ley de modernización del sector de las telecomunicaciones no se incluyó dicha limitación⁴⁹. Sin embargo, el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 dispone

cualquier título y los que le sean transferidos por el Ministerio y la ANTV para el cumplimiento de las nuevas funciones transferidas; cfr. también, el artículo 2.º de la Resolución CRC 5917 de 2020, norma que señala que la CRC podrá disponer, bajo su exclusiva responsabilidad, de los bienes que integran su patrimonio dentro de los límites establecidos para el cumplimiento de sus fines. Esto implica la posibilidad de enajenar y adquirir todos los bienes muebles e inmuebles que faciliten el desarrollo y cumplimiento de sus objetivos.

- 47 CC. Sentencia C-560 de 2001, la cual afirmó que la autonomía presupuestal de la CNTV también tenía límites, lo que implicaba que tuviera capacidad de contratación y de disposición de los recursos propios previamente asignados en la Ley de Presupuesto. Por tanto, la autonomía presupuestal de la CNTV debía entenderse incluida dentro del principio de unidad de presupuesto.
- 48 Esta autonomía le permite detentar las facultades de manejo, administración y disposición de los recursos previamente apropiados en la ley anual del presupuesto, y de contratación y ordenación del gasto, todo ello de conformidad con las disposiciones aplicables; cfr. CC. Sentencia C-655 de 2003. Conforme al artículo 2.º de la Resolución CRC 5917 de 2020, en virtud de la autonomía presupuestal la CRC tendrá presupuesto independiente y contabilidad propia, quedando sometida al Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación. Asimismo, el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 reconoce a los órganos que son sección del presupuesto general la capacidad para contratar y comprometer a nombre propio o de la persona jurídica que integran, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal reconocida en la ley. Según esa misma disposición, dichas facultades corresponden al jefe o representante legal de cada órgano.
- 49 La ANTV estaba sometida a los trámites y procedimientos dispuestos en el Estatuto Orgánico de Presupuesto para los establecimientos públicos, puesto que así expresamente lo señalaba la Ley 1507 de 2012. La Ley 1978 de 2020 no asimiló el régimen de la CRC al de los establecimientos públicos en materia presupuestal. Se recuerda que, con ocasión de una demanda de constitucionalidad contra el referido párrafo, el juez constitucional consideró que el legislador detentaba una libertad configurativa amplia a efectos de determinar la estructura de la administración pública, lo que implicaba que, al establecer el régimen legal propio de la entidad, hubiera podido ampliar o reducir la autonomía que se predicaba de ella (CC. Sent. C-580 de 2013). No obstante, se debe resaltar que el legislador percibió la inconveniencia jurídica y técnica de la asimilación a la que nos referimos, y en el artículo 198 de la Ley 1607 de 2012, “por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”, incluyó la derogatoria del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1507 de 2012, es decir, se evidencia la voluntad política de eliminar los límites a los cuales se sujetó la autonomía administrativa, financiera, técnica y presupuestal de la ANTV. Sin

que las UAE con personería jurídica “se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos”. Así las cosas, es legítimo preguntarse si la CRC debe aplicar las normas de los establecimientos públicos en cualquier asunto no regulado en su acto de creación. Creemos que la respuesta a este interrogante depende de si se considera a la CRC como una entidad del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva, esto es, si hace parte de la tipología reconocida en la misma Ley 489 de 1998 para las entidades que la integran⁵⁰ o si, por el contrario, ella es manifestación de las autoridades independientes, tal como se anuncia en la exposición de motivos de su acto de creación⁵¹. La solución a esta pregunta, como se propone en el literal siguiente, pasa por una revisión de los efectos de la supresión de los controles jerárquico y de tutela⁵².

La autonomía técnica, o capacidad reconocida al regulador único para analizar libremente los asuntos de su competencia y para diseñar, sin injerencia de otras autoridades, los instrumentos que demande el ejercicio de sus atribuciones relacionadas con la organización y buen funcionamiento de los mercados de las telecomunicaciones⁵³, solamente puede lograrse a

embargo, frente a esta derogatoria del régimen jurídico de la entidad, la Corte consideró que no podía efectuarse a través de una ley cuyo contenido se circunscribía a temáticas tributarias; es decir, consideró que la derogatoria era inconstitucional por vulnerar el principio de unidad de materia, contenido en el artículo 158 de la Constitución Política (CC. Sent. C-933 de 2014).

50 Artículo 38, numeral 2, literal c de la Ley 489 de 1998.

51 En la exposición de motivos de Ley 1978 de 2019 se señala que el proyecto de ley asegura la independencia de la CRC, la cual no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno, y sus actos solo serán susceptibles de control ante la jurisdicción competente, y que esta tendrá independencia administrativa, técnica, patrimonial, presupuestal y personería jurídica. Para los creadores de la reforma, “Garantizar la independencia del regulador es una piedra angular de las recomendaciones efectuadas por la OCDE en su estudio sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia [32] por cuanto un regulador independiente permitiría lograr: ‘[...] una clara separación entre la política industrial y la regulación de la competencia y del sector, y reduciría la exposición de la acción regulatoria a motivaciones políticas [...]’. El mismo estudio indica que en los países de la OCDE que tienen un regulador independiente se ha observado que este: ‘[...] ha ayudado a promover la competencia y a evitar conflictos de interés, especialmente en aquellos países con operadores de telecomunicaciones de titularidad pública’”: *Gaceta del Congreso* n.º 745 de 2018, Exposición de motivos proyecto de Ley n.º 152 de 2018 del Senado “por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se suprime la Autoridad Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones”, pp. 23 y 24.

52 Artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 15 de la Ley de modernización: “La CRC no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno y sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente”.

53 Al respecto cfr. las Sentencias C-050 de 1994, C-383 de 1999 y C-866 de 2014, que a pesar de

través de un régimen de cualificaciones impuesto para la escogencia de los miembros de sus sesiones, un peritaje interdisciplinario y otras garantías estatutarias de independencia que se adicionaron a la nueva CRC, pero que en su mayoría fueron heredadas de la ANTV⁵⁴.

1.1.2. LA ADICIÓN DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE INDEPENDENCIA

El estudio de la arquitectura de las AAI en países como Estados Unidos⁵⁵, Francia⁵⁶ e Italia⁵⁷ permite concluir que, aunque no existe un prototipo, es

referirse a la autonomía técnica del Banco de la República, son de utilidad en la medida en que aportan luces acerca de su contenido.

- 54 En efecto, y partiendo del contenido señalado por la CRC para esta dimensión de la autonomía (mal llamada independencia por el legislador), ella implica que las decisiones técnicas y los conceptos de la autoridad no estén sujetos a revisión por ninguna otra autoridad, y cuenten con el peritaje técnico en su personal, necesario para garantizar que sus decisiones se ajusten a las mejores prácticas (art. 2.º, Res. CRC 5917 de 2020). Esto no puede darse sin un dispositivo orgánico que la aísle de las injerencias del ejecutivo, tal como se estudia en el punto 1.1.2 de esta primera parte.
- 55 Una comparación y análisis del caso estadounidense fueron presentados al tratar de resolver si las agencias estatales colombianas podían ser asimiladas a las autoridades independientes presentes en dicho país; cfr. A. ZÁRATE. *El eufemismo...*, cit., pp. 341 a 410. En esa investigación, el recurso al caso estadounidense para realizar la comparación se justificó por los orígenes del término agencia en ese sistema, y por la inicial aparición de estructuras con garantías de independencia en la organización federal de Estados Unidos.
- 56 En el caso francés se han atribuido garantías adicionales de independencia en el diseño de estas autoridades, que ni siquiera las agencias independientes estadounidenses poseen. El legislador galó, a través de la adopción de una ley orgánica n.º 2017-54 del 20 de enero de 2017, y de una ley ordinaria n.º 2017-55 del 20 de enero de 2017, estableció además un marco general para la categoría de órganos administrativos con garantías de independencia. Ese marco establece, en lo relacionado con la composición y los atributos de las autoridades de regulación, las reglas relativas al período de sus miembros. Entre las características más importantes del mandato está, antes que nada, su irrevocabilidad, excepto por motivos legítimos. Otro elemento importante está relacionado con el término de duración del mandato, que comprende entre tres y seis años. Algunas disposiciones consagran la composición de los colegios de algunas autoridades independientes, que refleja intereses diversos y prevé procesos de nominación plurales con una mayor participación del Congreso. Otras normas establecen un régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de deontología, así como regulaciones sobre calificaciones para acceder al cargo. Para una presentación general del caso francés, cfr. H. DELZANGLES, V. DELVAL y M. MARTIN. “Los componentes de la independencia de las autoridades de regulación francesas en materia de servicios públicos en redes”, en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, A. ZÁRATE (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 465-520.
- 57 En el modelo italiano, de marcada influencia estadounidense y francesa, encontramos también el mínimo de garantías estatutarias aquí indicado; cfr. M. D’ALBERTI. *Lezioni di Diritto amministrativo*, Turín, Giappichelli Editore, 2017, pp. 99-108.

posible identificar unas garantías comúnmente reconocidas a estas autoridades, como son: 1) la supresión de todo vínculo jerárquico, pero también de tutela; 2) un equilibrio en los intereses representados al interior de sus órganos de dirección y una pluralidad en los procedimientos de nominación de sus miembros; 3) un período fijo y a veces escalonado en los mandatos de quienes integran sus colegios, el cual es generalmente superior, en un año o dos, a aquel del mandato presidencial, y 4) un límite al poder de remoción del presidente restringido a motivos legítimos, por lo que sus miembros solo pueden ser separados de los cargos por razones próximas a aquellas que constituyen en derecho nacional una falta en el ejercicio de sus funciones (*for cause*).

Al revisar el acto de creación del regulador único encontramos que dispone de forma expresa que “La CRC no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno y sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente”⁵⁸, de modo que se cumple con esta primera condición⁵⁹. La eliminación de los controles administrativos podría parecer contraria a la inclusión de la CRC en el sector encabezado por el Ministerio TIC, en la medida en que la Ley 489 de 1998 establece que un sector administrativo está conformado por los organismos que la ley defina como adscritos y vinculados a uno principal⁶⁰. Sin embargo, debemos cuestionarnos si con la inclusión de la CRC al sector TIC estaría cambiando la noción de sector administrativo. Más que una definición orgánica, se debe impulsar una lectura funcional de la misma, en la que, si bien no hay subordinación, existe un deber de aplicación del principio de coordinación y colaboración armónica entre organismos y entidades que lo integran⁶¹. Aunque el artículo 50 de la Ley 489 de 1998

58 Artículo 15 de la Ley 1978 de 2019.

59 Es necesario recordar que la supresión de los controles administrativos ya le había sido acordada a la ANTV (parág. 2.º, art. 2.º, Ley 1507 de 2012), entidad que existió hasta su integración con la anterior CRC en lo que es hoy el regulador único. Esta autoridad había sido creada como “una agencia nacional estatal de naturaleza especial, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, la cual formará parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones” (art. 2.º de la Ley 1507 de 2012; norma que fue derogada por el art. 51 de la Ley 1978 de 2019). Como ya se explicó, ni las agencias que se definen como unidades administrativas especiales, ni aquellas que se indica son estatales de naturaleza especial constituyen una tipología de organismos y entidades en el derecho colombiano.

60 Artículo 42, Ley 489 de 1998.

61 Así, la pertenencia de la CRC al sector administrativo encabezado por el Ministerio TIC, implica que ambas estructuras administrativas deban ejecutar sus respectivas competencias de manera armónica, cada una respetando el ámbito competencial de la otra, es decir, darle aplicación al

precisa que en el acto de creación de cada entidad debe indicarse el ministerio o departamento administrativo al cual quedará adscrita o vinculada, el legislador decidió guardar silencio respecto de si la CRC lo estaba a un organismo principal de la Rama Ejecutiva. Para poder afirmar que la CRC hace parte del ejecutivo se requiere entonces que el legislador lo determine de manera expresa, o que se establezca su adscripción o vinculación a un organismo principal de la Administración, o que se mantengan indemnes los controles de tutela o jerárquico. Por consiguiente, de la sola pertenencia a un sector no se puede derivar que la CRC integre la rama ejecutiva, más aún si el legislador dispuso expresamente una serie de características que evidencian su voluntad de dotar con atributos de independencia y externalizar a la Comisión⁶².

Esto refuerza la conclusión de que el regulador único de las comunicaciones, pese a integrar la Administración pública⁶³, está ubicado por fuera de la rama ejecutiva del orden nacional⁶⁴. En el mismo sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública conceptuó que

principio de coordinación en su perspectiva destinada a entidades u organismos que no interactúan con base en relaciones jerárquicas o de subordinación. Al respecto, el juez constitucional ha admitido la existencia de dos modalidades de coordinación: "... una, como principio que admite la concertación entre entidades u organismos, evento en que no se presentan relaciones jerárquicas o de subordinación entre ellos (arts. 48, 209, 246, 288, 298 y 329, por ejemplo), y otra, como atribución a cargo de los responsables de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre la autoridad que coordina y los encargados de la ejecución de la labor (por ejemplo, arts. 250 y 298)..."; CC. Sentencia C-822 de 2004.

62 Como ocurría con la ANTV, la CRC puede ser catalogada como una autoridad administrativa que, a pesar de pertenecer a un sector administrativo, no hace parte de la rama ejecutiva. La ANTV está incluida en el listado de organismos autónomos, junto con la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Banco de la República, por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), y su diferencia es que fue producto de creación legal y no constitucional; DAFP. "Manual de Estructura del Estado. Organismos autónomos, Bogotá, 2018, disponible en [https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/7869206/Organismos_autonomos+%281%29.pdf/553aeccd-2b43-49ca-8804-c6057a74f9cd?version=1.0&t=1524570923314, consultada el 15-08-2020].

63 En los términos en que esta es definida por el artículo 39 de la Ley 489 de 1998.

64 Aunado a lo anterior, las normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional se encuentran en una ley ordinaria y, por tanto, el legislador puede, válida y legítimamente, en ejercicio de la atribución del numeral 7 del artículo 150 CP, a través de otra ley ordinaria, como es la Ley 1978 de 2019, crear organismos o entidades que se distancien de los postulados normativos contenidos en la Ley 489 de 1998. Lo cual, vale recordar, es también válido para la definición del régimen aplicable. Asimismo, creemos que el legislador está facultado para crear autoridades administrativas independientes por vía legal, en la medida en que: a) la cláusula general de competencia del legislador para determinar la estructura de la Administración es plena

... la Comisión de Regulación de Comunicaciones pasó de ser una Unidad Administrativa Especial, de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a una entidad nacional, con independencia administrativa, técnica, patrimonial, presupuestal, y con personería jurídica la cual forma parte del Sector Administrativo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y no está sujeta a control jerárquico o de tutela de ningún órgano, es decir que dejó de ser una entidad adscrita de la Rama Ejecutiva y pasó a ser un órgano autónomo de origen legal⁶⁵.

La calificación de UAE, que se mantuvo probablemente por inadvertencia de los autores de la reforma⁶⁶, no conviene para una entidad nacional que, ni en sus controles ni en su arquitectura, puede asimilarse a las UAE de las que trata la Ley 489 de 1998. En efecto, la externalización de la CRC, es decir, su ubicación por fuera de la Rama Ejecutiva del poder público⁶⁷, desentona con su denominación de UAE con personería jurídica. Si el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 enumera este tipo de entidades entre aquellas descentralizadas

y “es amplio el espectro de regulación del Congreso de la República en la determinación de la estructura y funcionamiento de la Administración pública, ya que se trata de una prerrogativa concedida por la Constitución a la ley en términos abiertos”. CC. Sentencia C-429 de 2019; b) esta potestad está sujeta a los límites que se derivan de la misma Constitución; c) el artículo 113 constitucional prevé la existencia de organismos autónomos e independientes al lado de las tres ramas tradicionales del poder público; d) pese a lo inconveniente del uso del término, las UAE no están previstas como estructuras que integran la rama ejecutiva del poder público (art. 115 CP), de manera que el legislador bien puede crear bajo dicha denominación entidades nacionales por fuera de ella, y e) la Ley 1978 de 2019 tuvo la iniciativa del gobierno, por lo que se cumple con lo dispuesto por el artículo 154 CP.

65 Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP). Conceptos n.º 20194000391181 del 16 de diciembre de 2019, y 20204000157081 del 24 de abril de 2020.

66 Es difícil entender qué pretendieron el legislador y el gobierno nacional al mantener una denominación que no es conforme con la nueva arquitectura de la CRC, ni con su ubicación por fuera de la rama ejecutiva, máxime si no se explica, porque probablemente se desconoce, el alcance del concepto de UAE, o se omitió su discusión, a pesar de que tanto en la ley como en su exposición de motivos es clara la intención de atribuir garantías adicionales de independencia a la CRC, y mantener un estándar de órgano independiente de creación legal para el regulador del servicio público de televisión.

67 Para H. DELZANGLES. *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, Thèse de doctorat, Université Bordeaux IV, 2008, p. 47, la externalización se distingue de la descentralización en la medida en que tiene como efecto suprimir la pertenencia a la jerarquía administrativa tradicional. La externalización se aprecia únicamente al interior del Estado y de la Administración pública en relación con la rama ejecutiva del poder público (y con el presidente como cabeza de la misma, esto es, con el titular tradicional del poder ejecutivo). En el caso de la CRC la externalización se da, de la misma manera que acontecía con la ANTV, como consecuencia de la supresión de los controles jerárquicos y de tutela.

del orden nacional, se trata de una tipología de órganos que hace parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva (art. 38, num. 2, lit. c, Ley 489 de 1998)⁶⁸, pero que no sirve para designar autoridades ubicadas por fuera de ella. Por ende, “la Comisión está sujeta al régimen jurídico contenido en la ley que la cree”⁶⁹, y no le aplican directrices dirigidas a los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva, como son por ejemplo, las medidas de austeridad⁷⁰. Como el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 establece concretamente el régimen jurídico de las superintendencias y UAE que hacen parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva, se debe concluir que

68 Conforme al artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las UAE sin personería jurídica integran el sector central, mientras que en lo nacional las UAE con personería jurídica hacen parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva en lo nacional. La CRC es una UAE con personería jurídica ubicada por fuera de la rama ejecutiva de poder público, por lo que no encaja en ninguna de estas dos tipologías.

69 Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto n.º 20192060391712 del 24 de abril de 2020. Es preciso advertir al lector que en su concepto el DAFP llega a esta conclusión acogiéndose a lo establecido en el artículo 82 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, no explica cómo, a pesar de que no tiene duda de que la CRC es una UAE con personería jurídica ubicada por fuera de la rama ejecutiva, le aplica esta disposición de la Ley 489 de 1998. Pese a que el ámbito de aplicación de la Ley 489 de 1998 es bastante amplio e incluye “a todos los organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público y de la Administración pública”, e incluso a los particulares cuando ejercen función administrativa, no por ello podemos concluir que todas las disposiciones allí previstas cobijan indistintamente a todas las tipologías de órganos que la misma ley contempla y discrimina. Ello iría en contra de uno de los propósitos de la ley, cual es, fijar los atributos y el régimen jurídico para cada una de las tipologías de organismos que ella reconoce. Si los fundamentos, principios y normas básicas son comunes, no podemos decir lo mismo de las disposiciones que están destinadas a un tipo específico de autoridad. La disposición del artículo 82 de la Ley 489 de 1998 está prevista para las UAE con personería jurídica, que la misma ley ubica como parte integrante del sector descentralizado de la rama ejecutiva. Recordemos, además que para la época en que se expidió la Ley 489 de 1998 solo existían órganos autónomos de creación constitucional, de manera que no sería posible decir que el legislador pretendió definir en su artículo 82 el régimen de órganos autónomos de creación legal, como la actual CRC, ya que esta posibilidad únicamente comenzó a materializarse con la creación de la ANTV en 2012.

70 Directiva presidencial 019 de 2018; Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto n.º 20194000391181 del 16 de diciembre de 2019. Si bien es cierto que en estos conceptos el DAFP no establece cuál es el régimen jurídico aplicable a los asuntos que no se encuentren regulados en el respectivo acto de creación, a lo mejor porque no fueron objeto de consulta, se reitera que, al ser una entidad externalizada del orden nacional, no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 para las UAE que hacen parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva. Una interpretación contraria, en la cual habría caído la misma CRC (p. ej., la Res. 5917 de 2020), sea ante la novedad que significa para esa entidad la atribución de la personalidad jurídica, o bien por falta de antecedentes claros en el derecho de la organización sobre las UAE externalizadas, contrasta abiertamente con la supresión de los controles administrativos y el dispositivo orgánico de independencia que expresamente quedaron previstos en la Ley 1978 de 2019.

las reglas generales para los establecimientos públicos no aplican, ni mucho menos constituyen una especie de régimen supletorio para la CRC. Para que dichas reglas generales sean aplicables al regulador de las comunicaciones será necesario que otra disposición legal remita expresamente a ellas una cuestión específica que no esté prevista en su acto de creación⁷¹.

Otros elementos comunes de los reguladores independientes de los sistemas francés, italiano y estadounidense consisten en el equilibrio de los intereses representados en sus colegios de dirección, así como en procedimientos plurales o competitivos para la nominación de sus miembros, condición que se cumple para cada una de las dos sesiones que integran al regulador único. Tratándose del colegio de contenidos audiovisuales, los tres comisionados de dedicación exclusiva provienen de los operadores públicos regionales del servicio de televisión, a través del mecanismo de selección que autónomamente determinen; del sector audiovisual y de la sociedad civil, estos últimos elegidos mediante concurso público adelantado por una institución universitaria⁷². Para el colegio de comunicaciones solo

71 En ese sentido, el fundamento jurídico de la aplicación del régimen de los establecimientos públicos a la formación del presupuesto de la CRC estaría en el artículo 4.º del Estatuto Orgánico de Presupuesto (EOP) y no en el artículo 82 de la Ley 489 de 1998. En efecto, el artículo 4.º del EOP dispone que, para efectos presupuestales, a “todas las personas jurídicas públicas del orden nacional, cuyo patrimonio esté constituido por fondos públicos y no sean Empresas Industriales y Comerciales del Estado o Sociedades de Economía Mixta o asimiladas a estas por la ley de la República, se les aplicarán las disposiciones que rigen los establecimientos públicos del orden nacional”. Ahora bien, como la Ley 1978 de 2019 no remite al régimen presupuestal de los establecimientos públicos, contrario a lo que ocurría para la ANTV (Ley 1507 de 2012), debemos preguntarnos por el alcance de lo dispuesto en el artículo 4.º del EOP. Consideramos que la planeación presupuestal de todos los órganos, independientes o no, parte de una misma libertad de base, y es que conocen qué recursos necesitan para cumplir con sus funciones y qué ingresos proyectan obtener. Por razones de política macroeconómica y sostenibilidad fiscal, para las universidades públicas o la banca central el gobierno no podrá ir más allá de establecer limitaciones en esta materia (CC. Sents. C-220 de 1997 y C-275 de 1998). Con la configuración actual de la CRC los controles sobre su presupuesto deberían ser menores que los que puede tener un EP, porque en la CRC no hay control jerárquico y eso, creemos, dificulta que su presupuesto sea controlado en la etapa de proyección. Conviene recordar que el rol del Mintic como cabeza de sector en relación con la CRC no es de jerarquía sino de coordinación.

72 Artículo 16 de la Ley 1798 de 2019. Pese a que los tres comisionados provienen de sectores diversos, la norma que establece la composición del colegio de audiovisuales de la CRC señala que estos “representarán exclusivamente el interés de la Nación”. Aunque *a priori* se podría pensar que la inclusión de personas provenientes del sector regulado en los colegios de las autoridades de regulación podría aumentar el riesgo de su captura por grupos de intereses, la experiencia muestra que una diversidad en los intereses representados no solo mejoraría la calidad regulatoria sino que, además, haría más difícil que la decisión adoptada priorizara un interés en detrimento

dos de sus cinco miembros son designados por el presidente⁷³, mientras que los otros tres comisionados son elegidos mediante concurso público realizado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que cualquier ciudadano mayor de treinta años que cumpla con las condiciones de formación y experiencia mínimas exigidas podrá participar⁷⁴. Si los comisionados para el colegio de comunicaciones pueden ser abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones o economistas, “al menos un comisionado deberá ser ingeniero electrónico o de telecomunicaciones, un comisionado será abogado y un comisionado será economista”⁷⁵.

de otro. Se habla entonces de un factor de nivelación para la autoridad independiente (*equalizing factor*); cfr. R. BARKOW. “Insulating Agencies: Avoiding Capture through Institutional Design”, *Texas Law Review*, 89, 2010, p. 15; cfr., A. ZÁRATE y C. PERDOMO VILLAMIL. “Relaciones peligrosas: corrupción y captura del regulador por grupos de intereses”, en *Corrupción en Colombia. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, t. 4, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 155 a 224.

73 Mientras que en el colegio de audiovisuales no hay representación del gobierno, hacen parte del colegio de comunicaciones el ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, quien podrá delegar en el viceministro de Conectividad y Digitalización, y un comisionado de dedicación exclusiva designado por el presidente para un período de cuatro años (art. 17, Ley 1978 de 2019). Cuestión que contrasta con los miembros del consejo directivo de la ANE: el Ministro de TIC, el coordinador del fondo TIC y el Director de la comunicaciones del Ministerio, todos de libre nombramiento y remoción del ejecutivo, y el Director de la ANE quien, pese a ser nombrado por el ministro para un período de cuatro años, no tiene voto en el órgano colegiado de dirección de la entidad (art. 27, Ley 1341 de 2009).

74 Según el artículo 17 de la Ley 1978 de 2019, a los comisionados de la sesión de audiovisuales les “serán aplicables las inhabilidades descritas en el artículo 21 de la presente Ley y deben ser ciudadanos colombianos mayores de 30 años, con experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional y con: a) título de pregrado, y de maestría o doctorado afines, o b) título de pregrado, y de especialización afín y diez (10) años de experiencia profesional en temas de regulación, control o supervisión en el sector audiovisual, adicionales a los ocho (8) años de experiencia profesional mínima”. Esta disposición reprodujo los mismos requisitos y calidades que estaban establecidos en el artículo 5.º de la Ley 1507 de 2012 para ser miembro de la junta de la ANTV. En cuanto a la comisión de la sesión de comunicaciones, las exigencias parecen ser menores, estableciéndose que sus miembros deben “ser ciudadanos colombianos mayores de 30 años, con título de pregrado, y de maestría o doctorado afines, y con experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional” (art. 17, Ley 1978 de 2019). Sin embargo, la posibilidad de reemplazar el título de maestría o de doctorado por diez años de experiencia en el sector y una especialización no existe para quienes aspiren a ser miembros del colegio de comunicaciones.

75 Nótese que antes el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009 solo exigía que al menos uno de los tres comisionados de dedicación exclusiva fuera ingeniero.

Asimismo, se establecen reglas de inhabilidades⁷⁶, de deontología y de gobierno integral de la entidad⁷⁷.

Frente a la presencia del ministro y un delegado del presidente en el colegio de comisionados de comunicaciones conviene recordar que, en cumplimiento de las recomendaciones hechas por la OCDE⁷⁸, desde 2015 la presidencia de la sesión de comunicaciones de la CRC es ejercida por quienes sus miembros designen, y podrá sesionar y decidir con la mayoría simple⁷⁹. Sin embargo, esta solución no parece disipar las dudas de quienes ven la presencia de los ministros y delegados del presidente como una amenaza a la independencia del órgano. El debate, que se presentó con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad que buscaba excluir de la Junta de la ANTV a los dos representantes del ejecutivo, parecía acabar con un fallo de la Corte constitucional que concluía que la presencia de los agentes del presidente “[...] no tiene la fuerza para afectar la autonomía de la entidad, en la medida que su participación está contemplada en igual proporción

76 Las inhabilidades para ser comisionado se encuentran consagradas de manera expresa en el artículo 21 de la Ley 1341 de 2009 (modificado por el art. 18, Ley 1978 de 2019) y buscan disminuir el riesgo de captura del regulador por grupos de intereses públicos y/o privados. Entre las inhabilidades está la prohibición de puerta giratoria, en doble vía, entre regulador y sector regulado (num. 4 y 5, art. 18, Ley 1978 de 2019). Algunas inhabilidades no solo se extienden a los miembros del colegio de comisionados, sino que también cobijan a empleados en cargos de dirección y confianza de la CRC. Según los artículos 14 y 28 de la Resolución n.º 5917 de 2010, los miembros de ambas sesiones “son servidores públicos del nivel directivo, sometidos al régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades legales vigentes, así como a las reglas propias de los servidores públicos”.

77 La CRC adoptó recientemente un reglamento interno en el que, entre otras medidas, se define el gobierno integral de la Entidad (Resolución 5917 de 2020); se establece el funcionamiento de la CRC y se definen la sede, los días y la frecuencia de las sesiones de las comisiones de comunicaciones y de contenidos audiovisuales; se formaliza la obligatoriedad de participación en las reuniones, así como la manifestación del sentido del voto en los temas tratados; se dispone la publicación oficiosa de las actas de las sesiones de comisión de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de acceso y transparencia a la información pública (1712 de 2014), y se señalan las condiciones para la elección del director ejecutivo, con el fin de asegurar su ejercicio de forma rotativa, por el término de un año, no prorrogable y no reelegible.

78 OCDE. *Review of Telecommunication Policy and Regulation in Colombia*, 2014. En consecuencia, el artículo 207 de la Ley 1753 de 2020 dispuso que el colegio de la CRC estará presidido por quienes sus miembros designen, y que podrá sesionar y decidir con la mayoría simple de sus miembros.

79 Aspecto que es reiterado por el parágrafo 3.º del artículo 20 de la Ley 1341 de 2020, modificado por el artículo 17 de la Ley 1978 de 2020. Igual quedó previsto para el colegio de contenidos audiovisuales en donde sus miembros, ajenos al ejecutivo, designarán a su presidente y sesionarán y decidirán por mayoría simple (parág. 2.º, art. 20, Ley 1341 de 2009, modificado por el art. 17 de la Ley 1978 de 2019).

con los otros miembros y la representación del gobierno no constituye la mayoría”⁸⁰. Pero esta sentencia de constitucionalidad dio lugar a fuertes críticas, en la medida en que no era “[...] claro cómo se llegó a tal conclusión si se tiene en cuenta que una simple verificación permite evidenciar que el 40 % del total de los miembros que integran la Junta Directiva de la ANTV son representantes directos del Gobierno, lo que naturalmente inclina la balanza a favor del ejecutivo en la toma de decisiones”⁸¹, máxime cuando los estatutos de la ANTV establecían que “la Junta Nacional de Televisión requerirá para deliberar de la asistencia de por lo menos tres de los miembros que la integran y que sus decisiones se adoptarán por mayoría de votos de los miembros presentes”⁸².

Un período fijo y escalonado en los mandatos de los comisionados es la sola garantía de independencia que la CRC tiene en común con las otras dos comisiones que fueron creadas para la regulación de los servicios públicos domiciliarios. Si el artículo 69 de la Ley 142 de 1994 fijó el período de los comisionados de dedicación exclusiva de la CRT en tres años, reelegibles y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa, con la reforma contenida en la Ley 1341 de 2009, el período para los comisionados de dedicación exclusiva de la CRC se amplió a cuatro años, pero eliminando la posibilidad de renovación⁸³. Para la doctrina francesa “la independencia se encuentra mejor asegurada cuando el término del mandato es largo, sin correspondencia con aquél de la autoridad de nominación y cuando no es renovable, toda vez que esto le permite a la persona designada no tener que

80 CC. Sentencia C-580 de 2013.

81 R. PACHECO REYES. “La Autoridad Nacional de Televisión, ¿una agencia estatal independiente?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2015, pp. 83 y 84. Posición que es compartida por G. CALDERÓN. Op. cit., p. 49, en la medida en que la presencia de representantes del gobierno en los colegios de autoridades independientes por encima de un 25 % supone un alto riesgo de injerencia.

82 Artículo 15 de la Resolución 009 de 2012. Para R. PACHECO. Op. cit., nota 46, “Esta situación, en armonía con el Código de Comercio –al que remiten los Estatutos en lo relacionado con la regulación de las reuniones de la Junta Nacional de Televisión–, no permite garantizar que el Gobierno no tendrá la posibilidad de tomar decisiones directamente, pues con la sola verificación del quórum deliberatorio (tres miembros), si están presentes los dos miembros representantes del ejecutivo, nada impide que estos decidan sobre la regulación de los contenidos de la televisión en Colombia; en ese sentido, la garantía de la independencia de la ANTV respecto del Gobierno quedaría sometida a un albur, pues solo cuando asistan los cinco miembros de la Junta podría decirse que no hay mayoría del ejecutivo”.

83 Artículo 20 de la Ley 1341 de 2009.

complacer a la autoridad de nominación para continuar en su misión”⁸⁴. La fórmula de cuatros años no renovables se mantuvo tanto para los miembros del colegio de contenidos audiovisuales⁸⁵, como para los de la sesión de comunicaciones del regulador único (art. 17, Ley 1978 de 2019). Actualmente el carácter escalonado en los mandatos está previsto solo para la formación de comunicaciones del regulador, en los términos en que quedó plasmado en el párrafo transitorio del artículo 15 de la Ley 1978 de 2019, lo cual tiene sentido en la medida en que en el colegio de audiovisuales no hay comisionados que representen o sean designados por el gobierno nacional. Según esta norma, la renovación parcial y escalonada de los mandatos se organiza conforme a las reglas de la primera conformación del colegio de comisionados de comunicaciones, bajo las cuales el comisionado de dedicación exclusiva con menor tiempo de posesionado se mantendrá en su cargo hasta la finalización de su período, mientras que los otros dos serán reemplazados por miembros elegidos durante los meses siguientes para períodos de tres y cuatro años, respectivamente. Puesto que se trata de un mandato legal, los comisionados de dedicación exclusiva no podrán ser removidos del cargo, salvo por faltas durante el ejercicio de sus funciones⁸⁶, cualquiera que sea la sesión en la que intervengan.

84 H. DELZANGLES, V. DELVAL y S. MARTIN. *Los componentes...*, cit., p. 478.

85 En efecto, el artículo 5.º de la Ley 1507 de 2012, señalaba que la ANTV estaría conformada por una junta con cinco miembros con períodos de cuatro años y no reelegibles. En cuanto a la renovación escalonada de los mandatos, esta se aseguraba al disponer que para la primera conformación de la junta: “el miembro de la Junta Nacional señalado en el literal b) será elegido por un término de dos (2) años; el miembro señalado en el literal c) será elegido por un término de tres (3) años. El miembro señalado en el literal d) será elegido por un término de dos (2) años. Y el integrante del literal e) será elegido por un término de cuatro (4) años. Vencido el primer periodo señalado, cada miembro saliente será reemplazado para un periodo igual de cuatro (4) años, no reelegibles. Todos los integrantes de la junta actuarán con voz y voto en las decisiones de la Junta”. La Ley 1507 de 2012 mantenía el número de miembros originalmente previsto en el artículo 77 de la Constitución Política.

86 Se trata de empleados públicos de período que, pese a acceder al cargo a través de un mecanismo competitivo (concurso), no por eso adquieren la calidad de empleados de carrera (art. 17, Ley 1978 de 2019). Sin embargo, al contar con un período establecido por el legislador, puede afirmarse que las garantías de estabilidad y permanencia en el cargo se asemejan a aquellas reconocidas por las normas de la función pública para estos servidores públicos, pero únicamente mientras dure la vigencia del período (Conceptos DAFP, n.º 397961 de 2020 y n.º 254541 de 2019). En consecuencia, se entiende que los comisionados de la CRC gozan de una estabilidad plena durante el período de cuatro años previsto en la Ley 1978 de 2020, de tal suerte que solo podrán ser removidos del cargo por una justa causa (“destitución como consecuencia de un proceso disciplinario”, por orden o decisión judicial de destitución, invalidez absoluta, por abandono del cargo, cumplimiento de

1.2. LA PRETENSIÓN DE CREAR UN REGULADOR CONVERGENTE PARA LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE TELEVISIÓN

Atrás quedó evidenciado que la finalidad de crear un regulador convergente para los mercados de las telecomunicaciones y la televisión ha implicado un proceso de transformación institucional cuyo último escalón es la unificación de los reguladores sectoriales en la Ley de modernización. Sin embargo, la institución de un regulador convergente, y no simplemente unificado, implica comprobar si a nivel tecnológico se verifica dicha convergencia y si, por tanto, debe haber una correspondencia entre la realidad tecnológica y la estructura administrativa de intervención estatal (1.2.1). Esto servirá de base para analizar las razones por las que sigue inacabada la aspiración de instaurar un regulador convergente en el ordenamiento colombiano (1.2.2).

1.2.1. CONVERGENCIA TECNOLÓGICA DE LOS MERCADOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE TELEVISIÓN Y LA NECESIDAD DE INSTITUIR UN REGULADOR CONVERGENTE

La pertinencia de instituir un regulador convergente para los servicios de telecomunicaciones y de televisión se deriva, en la lógica del derecho de la organización administrativa, de la posibilidad de gestionar de manera convergente el interés público en dichos mercados⁸⁷. Así las cosas, para la organización de un regulador con estas características se torna determinante la convergencia tecnológica de los mercados regulados, de manera que si en la práctica esta no se verifica, tampoco podría erigirse el primero.

la edad de retiro forzoso o por revocación del acto de nombramiento al no haber acreditado los requisitos de edad, formación y experiencia exigidos para ocupar esos cargos –artículo 41, Ley 909 de 2004). Si bien estas causales de retiro están previstas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, las traemos a colación por ser aplicables en razón a la ficción jurídica arriba descrita, y aquí referimos solo las que podrían aplicarse a los comisionados de la CRC, por fuera de un evento de renuncia o muerte.

87 “Si el interés general constituye un mandato de optimización, resulta lógico subrayar la vinculación de las autoridades al mismo cuando acometen la función de diseñar y delimitar la estructura de la Administración”: J. I. RINCÓN CÓRDOBA. *Teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 129.

La noción de “convergencia” no es unívoca⁸⁸, mucho menos en el sector de las TIC donde tiene diversos usos. A pesar de la ambigüedad del término se entiende que, gracias a la plataforma IP⁸⁹, la convergencia tecnológica con la que surgen nuevas estructuras de mercado, más complejas y competitivas⁹⁰, puede presentarse de cuatro maneras: “a) genérica: la fusión entre los sectores de Telecomunicaciones, Informática (TI) y audiovisual (media y *broadcasting*); b) entre servicios: los mismos servicios, aplicaciones y contenidos provistos sobre diferentes redes (triple play-cuadruple play); c) entre redes: una misma red soportando diferentes servicios; d) entre terminales: los terminales soportando paralelamente diversos servicios”⁹¹. Cualquiera que sea la perspectiva que se adopte, la tendencia convergente de los servicios basados en la IP es un fenómeno que se puede demostrar, está en crecimiento y es irreversible. Ello explica que las redes, los servicios y las terminales de los mercados de telecomunicaciones y de televisión tiendan a la uniformidad, a la integración de toda la cadena de valor, a la homologación de sus prestadores y usuarios⁹². Los cambios que esta convergencia

88 “La convergencia es un concepto amplio, genérico y bastante ambiguo (GARNHAM, 1994) que necesita más precisión y calificativos. La convergencia puede ser de carácter tecnológico, empresarial, de contenidos o servicios. BURGELMAN (1995) la define como ‘la reunión de dos mundos de comunicación (telecomunicaciones y audiovisual) que gracias a la informática pueden converger en tres niveles: tecnológico, de actores y de servicios’. Pero lo relevante no es sólo el proceso sino el resultado y sus efectos. Es decir, los efectos de la convergencia en la sociedad y sobre el pluralismo mediático”. F. CAMPOS FREIRE. “La nueva directiva europea sobre los medios audiovisuales remueve el mapa de la televisión”, *Revista Icono 14*, vol. 5, Iss. 1, 2007, pp. 4 y 5.

89 Del “Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia”, cit., p. 92, es posible deducir que el requisito técnico esencial para la convergencia de los mercados de telecomunicaciones radica en la existencia de redes polivalentes basadas en IP (*Internet Protocol*). En efecto, en dicho estudio se afirma que “las redes polivalentes basadas en IP permiten prestar servicios a través de una misma red”.

90 “La convergencia pone a prueba los modelos de negocios tradicionales, genera competencia entre plataformas independientes y ejerce presión sobre los operadores tradicionales, cambia la conducta del consumidor y lo hace más activo en la demanda de servicios, y lleva a que los procesos de gestión de tecnología sean dinámicos”: T. ALDANA y A. VALLEJO. “Telecomunicaciones, convergencia y regulación”. *Revista de Economía Institucional*, vol. 12, n.º 23, 2010, p. 173.

91 M. WOHLERS. *Convergencia tecnológica y agenda regulatoria en América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2008, p. 7.

92 Bajo estas circunstancias lo relevante no es el proceso de convergencia de los mercados, sino sus resultados, “... es decir, los efectos de la convergencia en la sociedad y sobre el pluralismo mediático. Por una parte, propicia la concentración e integración de servicios y, por otra, multiplica las posibilidades de incremento de la oferta tanto a través de la televisión digital como mediante las nuevas redes difundidas por la banda ancha e Internet”: F. CAMPOS FREIRE. *La nueva directiva...*, cit., p. 5.

genera en los mercados ejercen fuertes presiones sobre las administraciones encargadas de su regulación, las cuales deben adaptarse al nuevo entorno para ser efectivas en el ejercicio de sus misiones. Siguiendo la referida lógica del derecho de la organización administrativa, la respuesta institucional puede implicar la creación de un regulador único y convergente o la regulación de los mercados convergentes a través de administraciones separadas y sectoriales. Ambas decisiones organizativas son válidas y la escogencia de una u otra obedecerá a las condiciones de cada país y de sus mercados de comunicaciones y de televisión. De este modo, la constatación empírica de la convergencia tecnológica no implica que se deba instituir un regulador convergente. Ese no es el único camino organizacional, siendo entonces posible mantener la vigencia de los reguladores sectoriales⁹³ cuando existan fundadas razones para ello.

Es con base en esta última perspectiva que en nuestro ordenamiento jurídico se concebía el rol de la extinta CNTV⁹⁴, pues el constituyente de 1991 entendió que un regulador independiente, especializado en el sector de la televisión y dotado de fuertes garantías de independencia estatutaria de rango constitucional, era el camino institucional idóneo y necesario para la protección de la diversidad y el pluralismo informático. Esta decisión se veía reforzada por la relevancia de dicho servicio en nuestro medio, toda vez que su poder de penetración y cobertura lo hacían decisivo para la construcción de imaginarios sociales y de las identidades culturales⁹⁵, lo que redundaba en

93 De hecho, no existe consenso en relación con el mejor modelo. “Se ha propuesto su convergencia, en el sentido de unir las agencias regulatorias existentes o construir entidades totalmente nuevas, aunque es posible regular mercados convergentes con agencias separadas. La unión de las agencias regulatorias existentes no necesariamente es una solución viable, pues se necesitaría crear sinergias para compatibilizar las normas que regirán a las industrias del sector. Además, la regulación debe captar los elementos esenciales de la convergencia para cubrir en forma integral toda la cadena de valor, algo que los enfoques anteriores de integración tecnológica no lograron, por lo que no obtuvieron el éxito esperado”: T. ALDANA y A. VALLEJO. *Telecomunicaciones, convergencia y regulación...*, cit., p. 190.

94 En su momento, cuando aún se encontraba en vigor la Comisión Nacional de Televisión, se indicaba que “La Comisión Nacional de Televisión, CNTV, tiene competencia exclusiva para regular el servicio de televisión emitida en Colombia que emplee el espectro electromagnético, y siempre que se trate de la regulación del servicio de televisión, cualquiera que sea el medio a través del cual se transmita, esta competencia es exclusiva de la CNTV”. CC. Sentencia C-403 de 2010.

95 “El servicio público de televisión está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales, y tiene por finalidad informar veraz y objetivamente, formar, educar, y recrear

el ejercicio de los derechos y la formación de la opinión. Paralelamente, no se consideró que el resto de los servicios de las telecomunicaciones debía ser atribuido a un regulador dotado de garantías de autonomía e independencia con rango constitucional, pues los fines perseguidos con la intervención estatal de asegurar en escenarios liberalizados la armonización de derechos económicos y otros imperativos de interés general⁹⁶, no estaban vinculados a intereses tan sensibles como los identificados para el servicio de televisión. Por tanto, se dejó en manos del legislador la determinación de la estructura y las competencias del regulador, quien decidió que, a semejanza del caso de la televisión, era idóneo y necesario un regulador sectorial y especializado (CRT, creada por la Ley 142 de 1994), pero sin la totalidad de las garantías atribuidas a la CNTV. Así las cosas, los intereses públicos por gestionar en cada uno de esos sectores, que a su vez eran el fundamento de la intervención estatal, eran claramente diferenciables. Esa situación, aparejada al hecho de que en el lustro comprendido entre 1991 y 1995, dentro del cual se expidió la Ley

de manera sana, a fin de satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, libertades, deberes y derechos fundamentales, consolidar la democracia y la paz y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local. [...] La televisión, es cierto, cumple un papel decisivo en la construcción de los imaginarios sociales y de las identidades culturales, pues contribuye al ejercicio cotidiano de la cultura democrática y al reconocimiento de la historia y el destino nacional, objetivos estos que indudablemente han de ser preservados por el Estado máxime en una época como la actual donde los avances tecnológicos en la materia le permiten a los usuarios del servicio televisivo acceder al conocimiento de culturas foráneas con sus propios lenguajes audiovisuales e interpretaciones de la realidad”: CC. Sentencia C-654 de 2003.

- 96 “La especificidad de la función estatal de regulación condujo al Constituyente de 1991 a introducir varias innovaciones institucionales sin trasladar a nuestro contexto ningún modelo en esta materia. Por el contrario, este importante tema fue abordado por el constituyente colombiano con la finalidad de responder a problemas y necesidades propios. Ello explica algunas peculiaridades del sistema colombiano en esta materia, dentro de las cuales se destaca la creación directa, por el mismo constituyente, de órganos de regulación en ámbitos donde por la tendencia constatada en distintos países, tanto de tradición anglosajona como romano-germánica, al igual que por la experiencia colombiana, se estimó necesario que existiera un órgano de regulación especializado, como sucede, por ejemplo, en el ámbito de la política monetaria, cambiaria y crediticia y en el ámbito de la televisión. Así, se puede decir que la Constitución contempla dos grandes tipos de órganos de regulación: primero, los de rango constitucional, entre los cuales se encuentra, por ejemplo, la Junta Directiva del Banco de la República como ‘autoridad monetaria, crediticia y cambiaria’, y la Comisión Nacional de Televisión cuya junta directiva está encargada de ‘[l]a dirección de la política que en materia de televisión determine la ley’ (art. 77 de la C.P.) entre otras funciones; y, segundo, los de creación legal a los cuales aluden expresiones abiertas como ‘otras entidades del orden nacional’ (art. 150, numeral 7, C.P.) y ‘agencias del Estado’ (art. 211 C.P.)”: CC. Sentencia C-150 de 2003.

142 de 1994, no existía la tendencia actual a la convergencia tecnológica de los mercados, determinaba que la solución institucional para las comunicaciones y la televisión fuera la de dos reguladores con elementos estructurales diferenciables. Ahora bien, la evolución en el diseño de la arquitectura de la CRC, la convergencia tecnológica y la pretensión de convergencia institucional parecen sugerir que las diferencias de los intereses públicos gestionados se diluyeron, dando paso a la justificación de un regulador convergente.

De acuerdo con lo anterior, la respuesta al interrogante central de este apartado es negativa: la regulación de los mercados de telecomunicaciones y de televisión, evidentemente convergentes desde la perspectiva tecnológica, no necesariamente requiere la institucionalización de un regulador único y convergente y, de ese modo, la intervención estatal podría seguirse surtiendo a través de reguladores sectoriales, si las circunstancias específicas así lo sugieren. Con todo, si la institucionalización de reguladores sectoriales o de un regulador único y convergente son opciones igual de válidas, cobra mayor importancia la carga motivacional radicada en el titular de la potestad de organización de la Administración pública, a fin de demostrar con claridad las razones por las que escoge una u otra opción⁹⁷. Siguiendo este enfoque, en nuestro país se constata una tendencia bastante marcada hacia la creación de un regulador convergente, conforme a la cual se busca materializar las ventajas observadas en otros sistemas jurídicos⁹⁸. Entre esas ventajas se

97 Esta tarea incluye no solo la decisión de crear un regulador convergente, sino también la determinación de los órganos que lo integran, los mecanismos de relación para cumplir sus funciones, la precisión de sus objetivos y funciones, y el análisis de las garantías estatutarias necesarias para el ejercicio de la actividad regulatoria. A este respecto, y tal como se señaló en otra ocasión, “[...] el proceder lógico del titular de la potestad organizativa debería ser analizar el contenido y alcance de la actividad de regulación económica, para después pasar a analizar cuál es la tipología organizacional más adecuada, toda vez que un problema que parece obviarse ha sido el de dotar al regulador de garantías sólidas que garanticen su imparcialidad en la toma de decisiones y lo alejen de las consideraciones y disquisiciones políticas, propias de la rama ejecutiva. De lo contrario, los fines de la regulación no podrán ser alcanzados”: C. PERDOMO VILLAMIL. *La dimensión organizativa...*, cit., pp. 22 y 23.

98 Y que en concreto han demostrado múltiples beneficios para la intervención estatal en esos sectores. “La reforma del marco normativo, tal como se pudo constar en la experiencia comparada y en la creación de un único regulador en cabeza del regulador de comunicaciones derivarían para el sector TIC (incluyendo el sector audiovisual) una mayor certidumbre y seguridad jurídica para las inversiones en el mercado y una visión prospectiva uniforme sobre el alcance de la regulación, aspecto que en la actualidad no puede garantizarse al contar con dos reguladores, con competencias que, aunque diferenciadas, se encuentran relacionadas y que derivan en pronunciamientos contradictorios”. S. ORTIZ LAVERDE. “El regulador convergente. Ventajas y

incluyen un enfoque integrado hacia la regulación por mercados cada vez más convergentes y las mejoras en la eficiencia y eficacia de la intervención estatal⁹⁹. Frente a esto, es posible preguntarnos si la intención de los autores de la reforma contenida en la Ley 1978 de 2019, de crear un regulador único y convergente, es una tarea ya completa o está a media marcha.

1.2.2. LA INSATISFECHA PRETENSIÓN DE INSTITUIR UN REGULADOR CONVERGENTE PARA LAS TELECOMUNICACIONES Y LA TELEVISIÓN

Desde hace ya algunos años el legislador colombiano optó por eliminar progresivamente una regulación sectorial diferenciada para las telecomunicaciones y la televisión, con miras a su unificación¹⁰⁰. La exposición de motivos de la Ley 1507 de 2012 afirmaba que uno de los objetivos de dicha reforma, además de implementar el Acto Legislativo 2 de 2011 y fortalecer la televisión pública y la industria de contenidos digitales, era textualmente “lograr una actualización del esquema regulatorio colombiano que sea idóneo para la convergencia digital”¹⁰¹. A pesar ello, el esquema materializado en dicha ley no concretó la “connatural” convergencia institucional, que se entendía como el producto de la convergencia tecnológica de las redes y

desventajas. La revisión de la experiencia del modelo del Reino Unido, México y Argentina de cara al nuevo regulador colombiano”, en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 683.

99 Al comentar el proyecto de ley de modernización del sector TIC, que concluyó con la promulgación de la Ley 1978 de 2019, la OCDE pone de presente estos beneficios del regulador convergente; OECD. “Comentarios preliminares del Proyecto de Ley para la modernización del Sector TIC: PL 152 de 2018 Senado y PL 202 de 2018 de la Cámara de Representantes”, 4 de diciembre de 2018, p. 2, disponible en [<http://www.partidocambioradical.org/wp-content/uploads/2019/03/Comentarios-OCDE-Proyecto-de-Ley-Modernizacion-del-Sector-TIC-final.pdf>], consultada el 22 de julio de 2020.

100 A través del Decreto 2870 de 2007 se introdujeron medidas relativas a la convergencia, no desde la perspectiva de los reguladores, sino de los servicios y las redes, con la finalidad de facilitarla.

101 “... el proyecto de ley propuesto toma aquellas funciones que en el modelo actualmente vigente le son asignadas a la CNTV y las distribuye, no de forma arbitraria, sino de acuerdo con lo que debe ser el rediseño institucional del modelo regulatorio del servicio de televisión en un contexto de convergencia tecnológica. Solo de esta manera se garantiza el reconocimiento de la realidad tecnológica convergente y su connatural convergencia institucional”: Exposición de motivos proyecto de Ley 106 de 2011 de la Cámara “mediante el cual se da cumplimiento a lo ordenado por el artículo 3.º del Acto Legislativo número 02 de 2011 y se dictan otras disposiciones”, *Gaceta del Congreso* n.º 730 de 2011, pp. 8 y 9.

los servicios. Por el contrario, se distribuyeron funciones de intervención en los mercados del sector, de acuerdo con el ámbito competencial de las administraciones públicas existentes (Ministerio TIC, CRC, ANTV, ANE, SIC), de manera que no se realizó la pretensión enunciada en la exposición de motivos de contar con un esquema institucional acorde con la convergencia digital de los mercados¹⁰². Lo que se evidenciaba no era otra cosa que la confirmación de autoridades sectoriales, en un contexto de convergencia tecnológica de los mercados. Un par de años más tarde, la pretensión nacional de contar con un regulador convergente para las comunicaciones fue reforzada por influjos transnacionales¹⁰³. El comentado estudio de la OCDE de 2014 sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, indicó que “... el aumento de la convergencia de servicios requiere un enfoque regulador coherente [...] el caso de Colombia, donde la existencia de dos organismos diferentes para los servicios de telecomunicaciones y de televisión, además de los problemas de coordinación que conlleva, puede dificultar la implementación de regulación convergente”¹⁰⁴.

Con la aspiración de concretar el esquivo regulador convergente, entre 2015 y 2019 se fue gestando la reforma de modernización, nutrida también por influjos doctrinarios nacionales¹⁰⁵ y de otros poderes globales¹⁰⁶. En la

102 Incluso, la reforma constitucional que soportó la expedición de la Ley 1507 de 2012 fue fundamentada en la convergencia digital. “En síntesis, puede decirse que la razón fundamental que se invocó para reformar la Constitución fue la convergencia en todos sus niveles”. R. PACHECO. *La Autoridad Nacional de Televisión...*, cit., p. 69.

103 “... el espacio jurídico global, es decir, las relaciones que se surten entre sujetos públicos y privados en ámbito nacional, transnacional e internacional. Un espacio, al mismo tiempo, atractivo e insidioso para quien quiera tratar con categorías, gráficas y tablas: es suficiente con citar los numerosos intentos para clasificar las decenas de miles de organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, junto con sus relativos acrónimos”: CASINI, L. *Potere globale*, Il Mulino: Bologna, 2018, p. 7 (trad. propia).

104 OECD. “Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia”, 2014, pp. 92 y 93, disponible en [<https://www.oecd.org/internet/colombia-telecom-review.htm>], consultada el 12 de abril de 2020.

105 La doctrina nacional siguió resaltando la necesidad de crear el regulador convergente, apto para responder a la convergencia de los mercados (redes y servicios); al respecto cfr. S. ORTIZ LAVERDE. *El regulador convergente...*, cit., p. 638 a 687; Departamento Nacional de Planeación. “El futuro del sector audiovisual en Colombia: necesidad de política pública y reformas normativas en el marco de la convergencia tecnológica y las tendencias del mercado”, informe final, 2016, disponible en [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/Informe%20convergencia%20dyd%20rev_STEL%2018-01-2017CEVC.pdf], consultada el 23 de junio de 2020.

106 La OCDE, y aunque para esa fecha Colombia aún no había sido admitida formalmente —lo cual pone de presente la importancia de sus “sugerencias”—, realizó comentarios preliminares al

exposición de motivos de la Ley 1978 de 2019 se afirma que, con el fin de responder a los cambios en la cadena de valor, era necesario simplificar y actualizar el marco institucional del sector, pues actualmente “... 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”¹⁰⁷. Esto supondría, según la misma exposición de motivos, la concreción de un regulador único y convergente, en cabeza de la CRC¹⁰⁸. Si bien desde una perspectiva material la Ley 1978 de 2019 prevé un esquema de regulación convergente para los servicios y las redes de telecomunicación y de televisión¹⁰⁹, no ocurre lo mismo en relación con el regulador. A pesar de la calificación dada a la CRC como el regulador convergente, la reforma mantiene el reparto competencial con otras autoridades del sector. Asimismo, la organización interna de la CRC perpetúa la lógica de reguladores separados y sectorizados por mercados, atribuyéndose a cada uno de ellos “sesiones” diferentes e independientes entre sí.

proyecto de ley de modernización del sector TIC. Concretamente indicó que “... sería mejor tener un regulador convergente que fusione la CRC, la ANTV y la ANE [...] El proyecto de ley debe incluir la fusión de la ANE con la Comisión de Regulación de Comunicaciones para lograr una entidad independiente e integral que trabaje de manera convergente, regulando todo el sector de las comunicaciones. [...] nuevamente asigna funciones al Mintic que, desde el punto de vista de la OCDE, deberían estar en cabeza del regulador convergente, por ejemplo, determinar el monto de la contraprestación”: OECD. *Comentarios preliminares...*, cit., pp. 3 y 5.

107 Exposición de motivos del proyecto de Ley 152 de 2018 del Senado “por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se suprime la Autoridad Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones”, *Gaceta del Congreso* n.º 745 de 2019, p. 24.

108 “... la CRC se convertirá en un regulador único e independiente encargado de promover la competencia en los mercados de las redes y los servicios de telecomunicaciones, incluidos los servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, así como el sector postal, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios, con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad”: *ibíd.*, p. 28.

109 El esquema material de regulación convergente contenido en la Ley 1978 de 2019 se deriva de: i) la comentada exposición de motivos, que pone de presente la convergencia entre los servicios de telecomunicaciones y de televisión; ii) el objeto de la ley, relativo al aumento de la seguridad jurídica y la simplificación y modernización del marco institucional del sector (art. 1.º); iii) la homologación de la provisión de redes y servicios de las telecomunicaciones y la televisión (inc. 3.º del parág. del art. 2.º); iv) la agregación, como principios orientadores de la ley, de la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público o de acceso a las TIC y el despliegue de la infraestructura (nums. 9 y 10 del art. 3.º), y el título habilitante homogéneo para los servicios de telecomunicaciones y de televisión (art. 7.º).

Desde la primera perspectiva, esto es, el ámbito competencial o funcional del regulador, se observa que no se concluyó la pretensión de convergencia institucional, pues la atribución de competencias regulatorias a otras autoridades erosiona el ámbito material de intervención del pretendido regulador convergente en favor de autoridades sectoriales. La sola pervivencia de la ANE demuestra que el regulador único no es un regulador convergente. Esa situación fue advertida por la OCDE al comentar el proyecto de reforma, indicando que las competencias técnicas respecto del espectro radioeléctrico, atribuidas a la ANE¹¹⁰ o al Mintic¹¹¹, debieron ser atribuidas a la CRC. Sin embargo, dichos aspectos no se ajustaron en la ley promulgada¹¹². Tampoco se hizo uso de la posibilidad de atenuar la continuidad del reparto competencial a través de instrumentos organizacionales. Sin previsiones normativas específicas que garanticen la coordinación y la cooperación entre autoridades administrativas, tendremos que confiar en que estas den estricta aplicación al principio de coordinación administrativa¹¹³, sobre todo cuando se trate de entidades que hacen parte del mismo sector. Además, dicha situación pone de presente inconsistencias al determinar el marco institucional del sector, pues si el propósito era establecer un regulador convergente, los autores

110 “Los dos artículos relativos a la ANE —artículos 33 y 34— deben modificarse para permitir que la única entidad competente para tomar todas las medidas necesarias para el cese de cualquier uso no autorizado del espectro radioeléctrico sea la Comisión de Regulación de las Comunicaciones. El proyecto de ley debe incluir la fusión de la ANE con la Comisión de Regulación de Comunicaciones para lograr una entidad independiente e integral que trabaje de manera convergente, regulando todo el sector de las comunicaciones”: OECD. *Comentarios preliminares...*, cit., p. 5.

111 “Esto incluye, por ejemplo, el poder del Ministerio para revocar el permiso para usar el espectro radioeléctrico para aquellos que no estén al día con sus obligaciones con Mintic o con el Fondo en el artículo 11 y la atribución para asignar, gestionar, planear y administrar el espectro radioeléctrico de los artículos 13 y 14. El Ministerio no debería intentar cumplir con las funciones de inspección, vigilancia y control establecidas en el artículo 38, que le asigna al Mintic las funciones que ley le había asignado a la ANTV. Estas funciones deben ser realizadas exclusivamente por el regulador, que debería ser una entidad independiente del Ministerio y una institución no política”: OECD. *Comentarios preliminares...*, cit., p. 3.

112 Artículos 11, 13, 14 y 18 de la Ley 1978 de 2019. Esto, además, puede ser corroborado si se analizan los actos a través de los cuales el nuevo regulador se autoorganiza (Res. 5918 de 2020 “Por medio de la cual se establece la estructura de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”) y establece su reglamento interno (Res. 5917 de 2020 “Por medio de la cual se establece el Reglamento Interno de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”) pues, lastimosamente, en ninguno de ellos fueron previstos mecanismos de interacción o de relacionamiento con la ANE o el Mintic.

113 Artículo 6.º, Ley 489 de 1998.

debieron considerar en la reforma la adecuación “actividad-estructura”¹¹⁴, análisis que habría llevado a concluir que las competencias técnicas de la regulación económica o de gestión del servicio o las redes¹¹⁵ son incompatibles o inconvenientes con estructuras de marcada vocación política, como el ministerio; o que la eficacia de la regulación requiere que a la autoridad encargada de su organización le sean atribuidas directamente competencias sancionatorias¹¹⁶, tal como lo había puesto de presente la OCDE desde el estudio de 2014, y que, por tanto, la inspección, vigilancia y control en el sector no debía ser ejercida por otra autoridad como el Mintic¹¹⁷.

Así las cosas, si las competencias de regulación de los mercados estudiados siguen siendo atribuidas a distintas autoridades administrativas será forzoso implementar soluciones para el adecuado y pleno ejercicio de competencias concurrentes¹¹⁸, distribuidas entre distintas administraciones públicas, tal como se exigía en vigencia del texto original de la Ley 1341 de 2009 o de la Ley 1507 de 2012, en las que tampoco se concretaba la convergencia institucional. En un escenario contrario, esto es, si efectivamente se hubiera instituido un regulador convergente y único, no sería necesario este tipo de análisis, pues no habría concurrencia competencial. Un regulador con esas características supone que no se presente el ejercicio concurrente de

114 De acuerdo con la clásica consideración, según la cual, “... la estructura es un presupuesto de la actividad administrativa y, al mismo tiempo, la actividad administrativa siempre responde a una fórmula organizativa determinada”: J. I. *Teoría de la organización...*, cit., p. 29.

115 Numerales 6, 23, 24, 25, 26, 27 y 29 del artículo 18 de la Ley 1341 de 2009.

116 En el entendido de que la potestad sancionatoria es un medio idóneo para la satisfacción de las finalidades atribuidas a la función administrativa. “La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la Administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones. En efecto, “[l]a fracción de poder estatal radicada en cabeza de la Administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas (de mando, ejecutiva o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquella cumplir con las finalidades que le son propias”. CC. Sentencias C-616 de 2002 y C-214 de 1994.

117 Numeral 11 del artículo 18 de la Ley 1341 de 2009.

118 “Como bajo el régimen de convergencia regulado por la Ley 1341 de 2009, es posible que a través de la misma red, un mismo operador pueda ofrecer distintos servicios de telecomunicaciones, incluido el de televisión, la norma bajo examen prevé que en lo que se refiere al servicio de televisión radiodifundida, sea la Comisión Nacional de Televisión –CNTV– quien regule lo relativo a este servicio, en los términos establecidos en la Constitución y las leyes, y que en cuanto al resto de servicios ofrecidos a través de esa misma red, como por ejemplo, de telefonía, Internet, correspondencia, entre otros, sea la Comisión de Regulación de Comunicaciones quien regule el acceso y uso de la red para tales servicios”: CC. Sentencia C-403 de 2010.

competencias regulatorias pues, por definición, la convergencia institucional se contrapone al reparto competencial y, por tanto, al ejercicio concurrente de competencias: convergencia del regulador y concurrencia entre administraciones son, en este contexto específico de institucionalización de una única administración convergente, incompatibles.

Los ejemplos citados permiten evidenciar que la continuidad del modelo de reparto competencial entre diversas autoridades deja a mitad de camino la tarea de concreción de un regulador convergente para las comunicaciones en Colombia. Frente a ello conviene resaltar que esta labor se dificulta porque aún no existe en nuestro país consenso o mediana uniformidad en relación con el contenido sustancial de la actividad administrativa de regulación económica. La plena materialización de un regulador convergente depende de ello, pues el ámbito competencial y funcional (negativo y positivo) de este sólo se podrá determinar en función del concepto y alcance de la actividad regulatoria¹¹⁹.

La segunda razón, esto es, la creación del regulador convergente solo en términos formales y nominativos se explica en la medida en que la convergencia institucional supone una visión uniforme, coordinada y, precisamente, convergente de los mercados cuya regulación corresponde al regulador que así es calificado. Para ello es necesario que a nivel interno el regulador se organice en dicha lógica para facilitar la actuación y regulación convergentes. No obstante, resulta contradictorio que la reforma normativa haya previsto una marcada separación interna del regulador en función de los servicios regulados. Aunque el nuevo articulado de la Ley 1341 de 2009^[120] no distingue las competencias de la CRC por mercados, lo cual transmite la idea de una convergencia, las disposiciones referentes a su composición interna¹²¹ indican que “para el cumplimiento de sus funciones, y como instancias que sesionarán y decidirán los asuntos a su cargo de manera independiente entre sí, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) tendrá la siguiente composición: 20.1. La Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales, y 20.2. La Sesión de Comisión de Comunicaciones”.

119 En relación con la noción y contenido de la regulación económica, cfr. CC. Sentencia C-150 de 2003.

120 Artículo 19, modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019.

121 Artículo 20, modificado por el artículo 17 de la Ley 1978 de 2019.

De manera congruente con esa organización interna, pero inadecuada respecto de la pretensión de una regulación convergente, se le atribuyen competencias específicas y exclusivas a cada sesión, según el sector regulado¹²². Con relación a esas competencias exclusivas se deberá analizar en cada caso concreto la necesidad del ejercicio concurrente de algunas competencias, sin que nada se haya dicho normativamente. En cualquier caso, la solución prevista en la Ley de modernización no es compatible con la convergencia institucional y pone en duda su concreción en nuestro ordenamiento jurídico. De ese modo, todo cambió para seguir igual: televisión y comunicaciones, dos sesiones, dos reguladores, dos mercados, reparto de competencias, concurrencia de competencias, no convergencia institucional. De ahí que pueda afirmarse que se moderniza sin modernizar.

Además, y con base en el mismo artículo 20 de la Ley 1978 de 2019, existe una inexplicable prevalencia del subregulador de las comunicaciones en relación con el subregulador audiovisual, pues el primero se compone de cinco comisionados, mientras que el segundo de tres¹²³ y, si ello no fuera suficiente, el director ejecutivo de la CRC solo puede ser nombrado de la sesión de comunicaciones. Pretender justificar con razones técnicas y de mercado esta disparidad confirmaría que en nuestro país dichos mercados no son tan convergentes y uniformes como se afirmaba. El resultado es el de dos subreguladores, independientes entre sí. La continuidad de los reguladores sectoriales al interior de la CRC es verificable si se analizan los actos internos de estructura del regulador y su reglamento interno, atrás referenciados. En ellos, transcribiendo el contenido de la ley, se mantiene la lógica de independencia y separación sectorial de las sesiones, que harían

122 Según el numeral 20.1 del artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, a la Sesión de Contenidos Audiovisuales le corresponden de manera exclusiva las funciones contenidas en los numerales 25, 26, 27, 28 y 30 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, todas relativas al sector audiovisual, de televisión y a la protección del pluralismo informático. Estas funciones eran las que caracterizaban a la original Comisión Nacional de Televisión. Dichas funciones, por expresa prohibición contenida en el numeral 20.2 del mismo artículo, no podrán ser ejercidas por la Sesión de Comisión de Comunicaciones.

123 Esta nueva composición es llamativa si se piensa en la composición del original del vértice del regulador de la televisión (CNTV), compuesta por cinco miembros, según el derogado artículo 6.º de la Ley 182 de 1995, o de su heredera (ANTV), también compuesta por cinco miembros, según el artículo 4.º de la derogada Ley 1508 de 2012.

las veces de reguladores sectoriales, cada uno encargado de un mercado o de un sector¹²⁴.

Es cierto que, desde una perspectiva tecnológica, de redes y servicios, los mercados de las telecomunicaciones y de televisión tienden a converger. De ello se ha derivado la posibilidad (no exigencia) de instituir reguladores convergentes. Sin embargo, al menos en el ordenamiento colombiano, y según las razones expuestas, consideramos que se está aún en mora de su plena introducción, idea que se refuerza al analizar sumariamente las entidades homólogas de otros ordenamientos, como el francés¹²⁵ o el italiano¹²⁶. En ese

124 Asimismo, el hilo conductor de la Resolución 5918 de 2020, referente a la estructura de la CRC, no contiene ninguna previsión normativa en relación con el ejercicio coordinado o concurrente de funciones, que permita cristalizar la convergencia institucional y atenúe la independencia legal de las sesiones. Es más, la alternativa de una convergencia institucional se termina de diluir al verificar cómo a los órganos internos de coordinación de la CRC se les atribuyen funciones que no atenúan la independencia legal de las sesiones. En efecto, a la coordinación ejecutiva se le atribuyen funciones de coordinación relativas a la interacción externa de la CRC (num. 13 y 16 del art. décimo primero de la referida resolución), pero no a la coordinación interna de las dos sesiones, las cuales, según dichas funciones, se siguen concibiendo como cuerpos separados (num. 1, 2, 3 y 4 del art. décimo primero de la referida resolución). Por su parte, si bien al director ejecutivo se le atribuyen funciones que exigen la visión única, transversal y convergente de los dos sectores y de las dos sesiones (num. 1, 6, 13, 15, entre otros del artículo décimo de la referida resolución), la pertenencia exclusiva del director a la Sesión de Comunicaciones puede desequilibrar la balanza a favor de esa sesión y de ese mercado.

125 En el caso de la Autoridad Reguladora de las Comunicaciones Electrónicas y los Correos (ARCEP) las sesiones (*formations*) no se predeterminan en función del sector o del mercado regulado, sino en función del tipo de decisión o del procedimiento a desarrollar. De conformidad con lo dispuesto en el artículo L. 130 del Código de Comunicaciones Postales y Electrónicas (CPCE), tres “sesiones” distintas ejercen las diferentes facultades de la autoridad: la sesión plenaria (*formation plénière*), compuesta por siete miembros, delibera sobre todas las decisiones y dictámenes, con excepción de las decisiones que la ley haya atribuido expresamente a otra de las demás “sesiones” de la autoridad (decisiones adoptadas en virtud de los arts. L. 5-3, L. 5-4, L. 5-5, L. 5-9, L. 32-4, L. 36-8 y L. 36-11 del CPCE); la sesión de resolución de controversias, procesamiento e investigación (*formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction*), compuesta por cuatro miembros, incluido el presidente de la autoridad, se ocupa de las decisiones relativas a la investigación y solución de controversias, así como de las decisiones relativas al ejercicio de los procedimientos sancionadores: apertura, notificación formal, notificación de quejas (decisiones adoptadas en virtud de los num. I y II del art. L. 5-3, y de los arts. L. 5-4, L. 5-5, L. 5-9, L. 32-4 y L. 36-8 y de los num. I, II y IV del art. L. 36-11 del CPCE); y la sesión restringida (*formation restreinte*), integrada por tres miembros, que delibera sobre decisiones sancionadoras o no sancionadoras (decisiones adoptadas en virtud de los num. III y V del art. L. 5-3, y III y VI del art. L. 36-11 del CPCE).

126 En el caso de la Autoridad de Garantías en las Comunicaciones (AGCOM) las sesiones (*commissions*) tampoco se predeterminan en función del sector o mercado regulado. De conformidad con el numeral 3 del artículo 1.º de la Ley 249 del 31 de julio de 1997, la AGCOM se compone

contexto, si por cualquier razón el titular de la potestad organizativa evidenciaba que el resultado no iba a ser (o no podía ser) un verdadero regulador convergente, lo ideal hubiera sido mantener los reguladores sectoriales, con la introducción de normas que hicieran obligatorias la coordinación y la concurrencia, a efectos de generar una suerte de periodo anticipado de transición que abonara el terreno para la instauración del regulador único y convergente.

2. EL ALCANCE DE LA ARQUITECTURA DEL REGULADOR DE LAS COMUNICACIONES

El diseño institucional de los reguladores debe guardar correspondencia con los fines para los cuales son creados, de modo que el alcance de las garantías de independencia atribuidas depende de una definición clara de sus competencias y poderes, así como de sus relaciones funcionales con otras autoridades (2.1). Asimismo, cuestionarse acerca de la legitimidad y el grado de independencia del regulador de las comunicaciones en Colombia requiere que se analicen los controles externos susceptibles de restringirlas (2.2).

2.1. LOS LÍMITES FUNCIONALES COMPROMETEN LA CALIDAD Y LA EFICACIA DE LA REGULACIÓN DEL SECTOR

La asignación a la CRC de dimensiones de autonomía y de un dispositivo orgánico compuesto por atributos de independencia, expresa la necesidad de asegurarle un amplio margen de discrecionalidad técnica, libre de injerencias de los poderes públicos y grupos de intereses, en el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas. Siguiendo este enfoque, el alcance del diseño institucional previsto por el legislador aparece condicionado

de dos sesiones: la sesión para las infraestructuras y las redes (*Commissione per le infrastrutture e le reti*) que de manera convergente y transversal regula las infraestructuras y las redes, con independencia del servicio; la sesión para los servicios y los productos (*Commissione per i servizi ed i prodotti*) que de manera convergente y transversal regula servicios y productos, con independencia de la infraestructura o redes a través de las cuales son prestados. Estas funciones son atribuidas en el numeral 6 del artículo 1.º de la Ley 249 del 31 de julio de 1997.

tanto por el reconocimiento de la posibilidad de intervención en los distintos mercados y asuntos que inciden en su estructuración, como por los poderes de monitoreo, investigación, análisis y decisión de que dispone¹²⁷. Si la reforma contenida en la Ley 1978 de 2019 mantiene para la CRC las garantías estatutarias de independencia que eran reconocidas a la ANTV¹²⁸, ella reduce ostensiblemente el ámbito de intervención del regulador del servicio público de televisión, al distribuir varias de sus competencias en organismos y entidades dependientes del ejecutivo. Este reparto competencial, contrario a la intención del constituyente primario de asegurar una regulación independiente para los contenidos audiovisuales, no únicamente como servicio público, sino también como un instrumento para la libertad de expresión y el fortalecimiento de la democracia¹²⁹, representa un nuevo paso hacia el desmonte de una regulación independiente para el servicio público de televisión o, por ponerlo en otros términos, de reivindicación progresiva del control de la televisión por el ejecutivo nacional¹³⁰. Ciertamente, el fenómeno de convergencia

127 Si en un campo teórico es posible distinguir entre los componentes orgánicos y funcionales de independencia, en la práctica estos siempre se interrelacionan; A. ZÁRATE. *L'indépendance des autorités de concurrence...*, cit., p. 196. De ese modo, la atribución de poderes a los reguladores independientes determina la eficacia y el alcance del dispositivo orgánico que les es atribuido; S. MANSON. Op. cit., p. 24. Para H. DELZANGLES. Op. cit., p. 363, se trata de examinar las relaciones entre la independencia orgánica (independencia fija) y la independencia funcional (independencia efectiva), esto es, la distinción entre la estructura y su puesta en marcha.

128 Cfr. supra, aparte 1.1. Incluso se suprime el reenvío expreso que hacía la Ley 1507 de 2012 al régimen jurídico de los establecimientos públicos (parág. 1.º art. 2.º). Sería posible creer que esta decisión se deriva de la denominación de la CRC como UAE con personería jurídica. Como se demostró en la primera parte de este trabajo, la ubicación de la CRC en la Administración pública y no en la rama ejecutiva, derivada de la supresión de los controles jerárquicos y de tutela, hace que no sea posible asimilar esta entidad a las UAE de las que trata la Ley 489 de 1998 en sus artículos 38, 67, 68 y 82.

129 Cfr. R. PACHECO. Op. cit., p. 66. “En los antecedentes de la Asamblea Constituyente se puede observar con claridad que la regulación del servicio público de televisión se quiso encargar a un órgano que estuviese blindado de cualquier injerencia política o interés económico”. El mandato fue claro: sustraer el manejo de la televisión de las preferencias de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes; cfr. en el mismo sentido, CC. Sentencia C-497 de 1995.

130 Con ocasión de la reforma constitucional y legislativa que significó la eliminación de la CNTV y su reemplazo por la ANTV, como respuesta a la necesidad de adecuar el marco institucional del sector a la convergencia tecnológica y a partir de la pérdida de legitimidad creciente de la Comisión derivada de sus pobres resultados en la asignación de frecuencias a nuevos operadores, no se pasó a una autoridad convergente única para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, sino que la regulación sobre el servicio de televisión quedó disperso y a cargo de cinco entidades estatales distintas, de las cuales solo una, la ANTV, contaba con varias garantías de independencia y dimensiones de autonomía frente al ejecutivo. Es importante recordar que

tecnológica fue volviendo obsoleto el anterior modelo regulatorio, organizado bajo una lógica de regulación separada de los servicios televisivos, pero esta evolución del mercado no es suficiente para explicar por qué se trasladó un gran número de funciones del regulador independiente al ministerio y a otras agencias del ejecutivo¹³¹, máxime cuando la intención plasmada en el proyecto de reforma era concentrar las tareas regulatorias y técnicas en un “regulador único independiente” y ciertamente no dispersarlas¹³².

Contrario a lo ocurrido con el regulador de contenidos audiovisuales, las competencias del Ministerio TIC en relación con el servicio público de televisión se vieron fortalecidas por la reforma de “modernización”. En primer lugar, entre sus objetivos se incluye la definición de la política pública para el servicio de televisión abierta y radiodifundida, y el servicio de radio difusión sonora¹³³, que antes correspondía ejercer, en el marco de sus competencias, a

la intención de trasladar funciones del regulador independiente a estructuras ubicadas bajo la órbita del poder ejecutivo no es algo que se haya gestado en la reforma de 2019. Tampoco es algo nuevo el interés de reconcentrar (unificar) la regulación del sector en el Ministerio. Al respecto, R. PACHECO. Op. cit., p. 78, indicó en 2015 que “[...] en el Proyecto de Ley n.º 106 de 2011, presentado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se planteó que la política pública en materia de televisión, las funciones relacionadas con el control y vigilancia del servicio, el otorgamiento de concesiones y la administración, gestión y control del espectro electromagnético –que antes tenía la CNTV– fueran manejadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Así mismo, se propuso que la CRC ejerciera las funciones del literal c) del artículo 5.º de la Ley 182 de 1995, con excepción de los aspectos relacionados con la reglamentación contractual de cubrimientos, encadenamientos, y expansión progresiva del área asignada que le correspondería, también, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

131 En Francia, por ejemplo, la alternativa sigue siendo la división entre reguladores, y el Consejo Superior del Audiovisual (CSA) conserva sus plenos poderes. En los términos del apartado 1.2 de este capítulo, el hecho de que haya convergencia tecnológica, no significa necesariamente que se deba concentrar la regulación del sector en una sola autoridad y, mucho menos en un organismo ministerial bajo la tutela y orientación del presidente.

132 De acuerdo con lo señalado por los autores de la reforma era necesaria una transformación tanto normativa como institucional, toda vez que “coexiste un marco normativo disperso”. Apoyándose en recomendaciones de la OCDE, se señaló como “fundamental” una reorganización institucional que simplifique y permita la adopción de un solo entorno normativo para la totalidad del sector, sin la existencia de excepciones o regímenes especiales para su aplicación. Así, era necesario adoptar un marco institucional “que se adecue y apoye el proceso de convergencia y que facilite y habilite los mecanismos de financiación del acceso y servicio universal en el país, creando un marco adecuado, con un régimen de habilitación único, que impulse y dinamice, aún más rápido, el desarrollo del sector TIC en Colombia, respondiendo a la realidad convergente presente en el sector”: Exposición de motivos Proyecto de Ley 152 de 2018, pp. 21-22.

133 Artículo 17, numeral 4, Ley 1978 de 2019; y en concreto las funciones establecidas en los numerales 1 a 3 del artículo 18, Ley 1978 de 2019.

cada una de las autoridades a las que la Ley 1507 de 2012 había atribuido las funciones de la antigua CNTV¹³⁴. A pesar de que los ministerios tienen entre sus objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen¹³⁵, es posible preguntarnos si conviene dejar en manos de quienes representan las mayorías electorales la definición de la política pública en materia de medios audiovisuales, sobre todo cuando con estos tienen la capacidad de incidir en la opinión pública y, de ese modo, en los procesos democráticos¹³⁶. Cuando la Corte constitucional decidió que la eliminación de la CNTV no implicaba la sustitución de un elemento esencial de la Constitución, de manera expresa precisó que ello no significaba desconocer la importancia y necesidad de que el servicio público de televisión, y en general de todos los medios masivos de comunicación que pudieran incidir en los procesos democráticos, fueran

134 Artículo 10.º, Ley 1507 de 2012. En concordancia con lo dispuesto en esta disposición, el literal a del artículo b de la Ley 1507 de 2012, señala que son funciones de la Junta Nacional de Televisión “adoptar las decisiones necesarias para que la ANTV desarrolle las funciones que en materia de políticas públicas le atribuye la presente ley”. Normas derogadas por el artículo 51, Ley 1978 de 2019. Actualmente esta función corresponde de forma exclusiva al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

135 Artículos 58 y 59 Ley 489 de 1998.

136 Al desarrollarse la explotación de contenidos audiovisuales en “[...] un sector sensible, en el que confluyen poderosos intereses que inciden sobre derechos fundamentales, valores y principios constitucionales. Los intereses políticos en su control o dirección, el derecho constitucional a la libre información, con sus propios límites como la protección de sectores débiles, y los intereses en imponer determinados contenidos que se definen como de interés general, forman un complejo nudo de relaciones que requieren una intervención singular”: J. TORNOS. *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 19. Para el caso colombiano se ha sostenido que esta intervención singular amerita “una autoridad administrativa convergente, de manera similar a como se propuso en la exposición de motivos del Acto Legislativo 02 de 2011, pero además, independiente, tanto del poder político como del poder económico, con el fin de garantizar el interés general y en concreto la libertad de expresión y de información”. R. PACHECO. *Televisión y nuevas realidades tecnológicas y de mercado: hacia el sistema de la comunicación audiovisual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 321. La racionalidad detrás de estas exigencias de regulación independiente parte de entender que el pluralismo democrático está mejor garantizado en un agente ajeno a la política, que en un agente político que puede perder su imparcialidad cuando el sector que regula produce abundantes críticas a su estructura y, en tal sentido, puede ser probable una obstrucción a la opinión; cfr., *ibid.*, pp. 249 a 291. Vale la pena destacar que con el auge de las tecnologías de comunicación, la televisión abierta ha dejado de tener el protagonismo que tuvo en los años noventa del siglo pasado; sin embargo, la independencia en su regulación sigue siendo fundamental debido a que a dicho medio no pueden acceder de manera libre todos los ciudadanos de la misma manera en la que acceden a medios soportados en la red de Internet; cfr. *ibid.*, pp. 299 a 301.

“regulados de manera que se garantice un ejercicio transparente e independiente, esto es, al margen de intereses económicos o políticos y en procura del interés general y del bien común”¹³⁷. Por consiguiente, el legislador “no sólo deberá tener en cuenta los principios democráticos y de separación de poderes sino la totalidad de los valores, principios, derechos y deberes que en ella subyacen”¹³⁸, tales como el pluralismo, la libertad de prensa y el derecho a fundar medios masivos de comunicación¹³⁹.

Cuando estos derechos y valores se expresan a través del servicio público de televisión, este adquiere un rol predominante, ya que permite crear una especie de contrapeso a los poderes estatales y contribuir a la formación de ciudadanos críticos capaces de adoptar posiciones respecto de la forma como se ejerce el poder público, o la manera como se desempeñan las grandes corporaciones económicas y grupos de intereses. El pluralismo y la garantía del derecho a fundar medios masivos de comunicación exigen que estos últimos estén abiertos a todos sin discriminación, a través de deberes de abstención para el Estado, pero también por medio de procedimientos que permitan, cuando así se requiera, un uso equitativo del espectro y el acceso de nuevos prestadores a los diferentes mercados audiovisuales¹⁴⁰. En contravía con estos postulados, la asignación al Ministerio de las competencias que antes correspondían a la ANTV para reglamentar y otorgar¹⁴¹ las concesiones para la operación del servicio público de televisión, los contratos de concesión de espacios y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, dejó en manos del poder político y las mayorías de turno¹⁴² la decisión de determinar quiénes podrán partici-

¹³⁷ CC. Sentencia C-170 de 2012.

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ CC. Sentencias C-359 de 2016.

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ En el nuevo reparto competencial corresponde al Ministerio: a) asignar las concesiones para la operación del servicio público de televisión, así como adjudicar y celebrar los contratos de concesión de espacios de televisión; b) aprobar y suscribir antes de su vencimiento, la prórroga de los contratos de concesión de espacios de televisión abierta de RTVC, para lo cual las entidades concedentes cederán previamente dichos contratos, y c) Convenir con RTVC la manera como habrá de garantizarse la continuidad temporal del servicio en caso de suspensión, caducidad o terminación de los contratos con los operadores zonales o con los concesionarios de espacios de televisión.

¹⁴² De esa forma la habilitación para prestar el servicio quedaría en manos del poder político. Esta constatación rompe con el fin mismo de la regulación independiente, en la medida en que la razón de ser del dispositivo orgánico de independencia que se ha atribuido a la CRC es reducir el

par en los mercados audiovisuales y difundir informaciones¹⁴³. Se trata de amplias competencias que incluyen la reglamentación de cuestiones técnicas relacionadas con el otorgamiento y prórroga de concesiones y contratos; los requisitos de licitaciones y licencias para acceder al servicio; la fijación de tarifas, tasas y derechos asociados a la concesión, y la determinación de las condiciones para prestar el servicio de televisión en conjunto con entes territoriales de países vecinos o con organismos de cooperación e integración regional en los que somos miembros, e incluso la reglamentación de la televisión étnica y afrocolombiana, como manifestación de la diversidad y el pluralismo cultural y étnico reconocido constitucionalmente¹⁴⁴.

riesgo de captura por el ejecutivo. Se trata de una necesidad de brindar ciertos intereses económicos o sociales de las preferencias de las mayorías políticas, para asegurar el logro de objetivos a largo plazo, los derechos de las minorías, el pluralismo informativo, entre otros valores; cfr. M. C. STEPHENSON. Op. cit., p. 53. Así, “La démocratie serait fort dangereuse pour les libertés individuelles...”, cfr. M. LOMBARD. “Introduction”, en *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, p. 4. Ahora bien, esto no quiere decir que la autoridad independiente no deba actuar conforme al interés general; concepto que junto a aquel de democracia ha evolucionado, de manera que la legitimidad de la actividad administrativa no se agota en el esquema tradicional de democracia representativa. “La théorie démocratique nous invite à comprendre que l’exigence démocratique ne pourrait pas se satisfaire du schéma des économistes selon lequel le peuple (principal) fait de délégations à un Congrès et à un président élus (agent), qui, à leur tour, jouent le rôle de principal en délégrant leurs pouvoirs à une autorité administrative (agent). Les formes et les ressorts de la démocratie auraient évolué”; J.-B. AUBY. “Régulation et démocratie”, en *Régulation économique...*, cit., p. 17. Lo paradójico es que para que los medios audiovisuales puedan contribuir al fortalecimiento de la democracia, deben estar en manos de agentes independientes de quienes sirven a las preferencias políticas mayoritarias.

143 La alternativa de trasladar la regulación del servicio público de televisión a órganos dependientes del ejecutivo podría justificarse como una medida tendiente a evitar su captura por grupos de intereses o del sector regulado. Sin embargo, esta solución nos parece inconveniente por las siguientes razones: ella aumenta considerablemente el riesgo de captura de la regulación por el poder político y las mayorías que están representadas en el mismo; la atribución de competencias a una autoridad con garantías de independencia del ejecutivo no significa *per se* que estas se ejerzan de manera irresponsable o que no puedan existir controles en cabeza de otras ramas del poder público y de organismos de control independientes; el carácter colegiado, una composición mixta, la representación en iguales proporciones de intereses diversos—incluso del gobierno—, y procesos de nominación transparentes de los miembros del colegio son factores que reducen cualquier tipo de captura, al tiempo que legitiman desde las solas exigencias del principio democrático el producto regulatorio; la regulación independiente no excluye la participación ciudadana en el ejercicio de competencias regulatorias (art. 8, num. 8, CPACA), ni el deber de observar el debido proceso en aquellos procedimientos que terminan con la adopción de decisiones individuales, y el ejecutivo también puede ser objeto de captura por grupos de intereses.

144 Para el juez constitucional, “El reconocimiento del pluralismo en lo concerniente a los grupos étnicos y culturales involucra un deber de no discriminación por la pertenencia a dicha

Según lo expresado por los autores de la reforma, el fortalecimiento del Ministerio de TIC requiere, además, que “se encargue de asignar de manera exclusiva el espectro radioeléctrico”¹⁴⁵, de modo que se añade a su larga lista de competencias la de llevar el registro público de frecuencias concedidas al servicio de televisión¹⁴⁶. Comparativamente, el Consejo Superior del Audiovisual (CSA) francés es el encargado de gestionar y adjudicar las frecuencias de los servicios audiovisuales, mientras que el gobierno y la

comunidad, así como un mandato de promoción de sus derechos al ser objeto de marginación a través de los tiempos. Atendiendo la situación de exclusión social que repercute negativamente en el acceso a oportunidades de orden económico, social y cultural, se impone una diferenciación positiva para suprimir las barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan, sin eliminar los rasgos culturales típicos de una determinada comunidad. Para alcanzar la igualdad real y efectiva, ha señalado esta Corporación, ‘cabe incluso considerar que toda medida legislativa, judicial o de cualquier otra índole que se adopte a efectos de hacer valer la diversidad étnica y cultural, tendría entonces el carácter de una acción afirmativa, en cuanto implica un trato ventajoso, y formalmente desigual, encaminado a favorecer a personas y grupos humanos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados frente a aquellos considerados predominantes, todo ello con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial entre los miembros de todo el conglomerado social’, lo que hace indispensable aplicar un ‘enfoque diferencial al diseño y aplicación de las políticas públicas con las que se pretende afrontar situaciones problemáticas que si bien potencialmente podrían afectar a todas las personas, adquieren características especiales, usualmente de mayor gravedad, frente a determinados tipos de sujetos, entre ellos las comunidades étnicas’”: CC., C-359 de 2013. El traslado de competencias operó a través de la adición, por el artículo 14 de la Ley 1978 de 2019, de varios numerales al artículo 18 de la Ley 1341 de 2009. Con relación a la reglamentación y otorgamiento de concesiones y licencias en materia de televisión, cfr. los numerales 23 a 30.

145 Exposición de motivos del Proyecto de Ley n.º 152 de 2018, p. 23. El numeral 22 del artículo 18 de la Ley 1341 de 2009, adicionado con la reforma, señala de hecho que corresponde al Ministerio, “Llevar el registro público actualizado de todas las frecuencias electromagnéticas que de conformidad con las normas internacionales estén atribuidas al servicio de televisión, en cada uno de los niveles territoriales en los que se pueda prestar el servicio. Dicho registro deberá determinar la disponibilidad de frecuencias y, en caso de que estén asignadas, el nombre del operador, el ámbito territorial de la asignación, su término y las sanciones de que hayan sido objeto los operadores”.

146 *Ibid.* No parece ser claro el criterio para esta asignación. Cuando se eliminó la CNTV la ANE asumió esta competencia (art. 15 de la derogada Ley 1507). Más que una explicación técnica, se aprecia un criterio de “facilidad” o “agilidad” para poder tener de forma inmediata información. Si el Ministerio lleva el registro de todo el sector TIC, tal vez le sería más “fácil” o “ágil” cumplir con sus funciones. Incluso puede ser que lo maneje con un sistema informático que requiera tener toda la información en un mismo sitio. Otra razón adicional, relacionada con la anterior, es que la habilitación para prestar servicios TIC, incluyendo TV para quien se acoja, se materializa con la inscripción en el registro, entonces, como MinTIC asumió competencias importantes en TV le interesa tener a la mano esta información, teniendo en cuenta además que inscribirse genera recursos para el Fondo TIC.

autoridad nacional francesa de frecuencias intervienen río arriba para establecer cuáles frecuencias atañen a cada utilización (audiovisual, comunicaciones electrónicas, defensa, el clima, entre otros)¹⁴⁷. El mismo reparto estaba previsto en el artículo 14 de la Ley 1507 de 2012, de manera que la ANTV era competente para otorgar concesiones y, en particular, para distribuir señales incidentales, con excepción de la actividad de determinar el régimen de uso del espectro radioeléctrico que quedaba a cargo de la ANE.

Otra manifestación del asalto competencial que sufrió la regulación independiente para el servicio público de televisión lo constituye la asignación de funciones de inspección, vigilancia y control, que antes estaban en cabeza de la ANTV, al Mintic¹⁴⁸, lo que incluye la posibilidad de sancionar a los operadores, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por la violación de sus obligaciones relacionadas con el servicio. A partir de esta reivindicación de competencias por el ejecutivo nacional, el colegio de contenidos audiovisuales de la CRC solo mantuvo la potestad de sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión nacional cuando atenten contra el pluralismo informativo, el régimen de televisión abierta y los derechos de los televidentes, o cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia¹⁴⁹ y de los niños¹⁵⁰. De ese modo, el Ministerio se convierte en una autoridad residual

147 Loi n.º 2004-669 du 9 juillet 2004, Loi n.º 2007-309 du 5 mars 2007 et Loi n.º 2009-258 du 5 mars 2009.

148 La intención manifestada por los autores de la reforma era trasladar “[...] todas las funciones de inspección, vigilancia y control que la Ley asignaba a la ANTV”, para que fueran ejercidas por el Ministerio TIC; Exposición de motivos, Proyecto de Ley n.º 152 de 2018, p. 22.

149 Para la Corte constitucional, “el concepto de familia está inserto en la sociedad, es dinámico y variado. Por eso incluye familias originadas en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, así como a las constituidas por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que ‘el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo’ [...]”; cfr. CC. Sentencias C-257 de 2015, C-278 de 2014 y C-577 de 2011.

150 Numeral 30, artículo 22, Ley 1341 de 2009 (adicionado por el art. 19, Ley 1978 de 2019). Pero el ejecutivo parece no dar tregua en su asalto competencial al regulador de los contenidos audiovisuales. Mediante el proyecto de Ley 600 de 2021 ante la Cámara, que pretende regular las responsabilidades establecidas en el artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se propone crear, entre otras medidas, una comisión de expertos encargada de establecer un catálogo de contenidos que puedan atentar contra la integridad moral, psíquica o física de estos menores. Esta comisión, que estaría integrada por funcionarios de las entidades públicas pertenecientes al Sistema Nacional de Bienestar Familiar y al sector de las TIC, tendría a su cargo proponer iniciativas técnicas y administrativas encaminadas

en materia de vigilancia y control de los servicios de las telecomunicaciones, con vocación de intervenir en todo aquello que no haya sido expresamente asignado a otra autoridad del sector.

Tampoco es fácil identificar lo que pretendieron los autores de la reforma con este reparto competencial. Mientras que el artículo 38 de la Ley 1978 de 2019 indica que “todas las funciones de regulación que la Ley asignaba a la ANTV serán ejercidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones y, además, todas las funciones de inspección, vigilancia y control que la Ley asignaba a la ANTV serán ejercidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, es claro que otras disposiciones mantuvieron en la CRC el control a los operadores que atenten contra el pluralismo informativo, los derechos de los televidentes o de categorías de televidentes, y el régimen de televisión abierta, lo que permite concluir que no se trató de una repartición de regulación *ex ante*, regulación *ex post*. Asimismo, se atribuye a la CRC la posibilidad de “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”¹⁵¹, delegación que suscita serios cuestionamientos frente a la reserva de ley que existe en materia sancionatoria¹⁵². Pareciera, enton-

a eliminar y bloquear contenidos que atenten contra los derechos de esta población. Es llamativo que, entre los miembros que harían parte de la comisión de expertos, se mencione al director ejecutivo de la CRC, siendo que este proviene del colegio de comunicaciones y no del colegio de contenidos audiovisuales. Además de los serios cuestionamientos que suscita desde el punto de vista constitucional la propuesta de asignar a un órgano distinto al legislador competencias para determinar las condiciones para el ejercicio de la libertad de expresión (art. 152 CP, lit. a), lo cierto es que con esa comisión de expertos se vacía aún más el ya lánguido contenido material de la independencia del colegio de contenidos audiovisuales de la CRC. Asimismo, la asignación de competencias a otra autoridad, bajo el control del ejecutivo, para expedir los catálogos de contenidos audiovisuales que sean contrarios a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, limitaría la autonomía técnica del regulador de contenidos audiovisuales, quien estaría sujeto a dichos parámetros en el ejercicio de sus funciones. No está de más recordar que la creación de esa nueva instancia burocrática es contraria a la pretensión de un regulador único y convergente para el sector.

¹⁵¹ Numeral 26, artículo 22, Ley 1341 de 2009 (adicionado por el art. 19, Ley 1978 de 2019).

¹⁵² Si bien el principio de tipicidad se aligera con respecto al contenido del derecho penal, la jurisprudencia constitucional exige que haya una cobertura legal en la determinación de las infracciones o prohibiciones administrativas; CC. Sentencia C-032 de 2017: “Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con

ces, que las competencias fueron distribuidas con el interés de unificar un esquema de habilitación entre los subsectores del sector TIC, en la medida en que en el subsector audiovisual la habilitación era realizada por servicios y bajo títulos de prestación diferenciales que “restringen la competencia, generan barreras de entrada legales y tienden a crear arbitraje regulatorio”¹⁵³.

La competencia de la CRC para sancionar a los operadores que atenten contra los derechos de los televidentes o desconozcan las disposiciones que amparan los derechos de la familia y los niños, no se debe confundir con las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) como autoridad encargada de la protección de los usuarios de los servicios que integran el sector de las TIC¹⁵⁴. Conviene precisar que con ocasión de la expedición de la Ley 1341 de 2009 los servicios de telefonía pública básica conmutada y de telefonía móvil rural dejaron de ser catalogados como servicios públicos domiciliarios¹⁵⁵, por lo que se trasladaron las competencias sancionatorias en materia de protección de usuarios que antes tenía la delegatura de telecomunicaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD)¹⁵⁶, a la delegatura para la protección al con-

la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) ‘los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada’; (ii) ‘las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta’; (iii) ‘la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad’”. Esta delegación deja ver la necesidad de actualizar las conductas prohibidas en el sector audiovisual, en la medida en que la Ley 1978 de 2019 es más una norma de modernización de las comunicaciones. Por más justificada que aparezca esta delegación, dicha definición de los comportamientos prohibidos para los operadores le corresponde al legislador y no a la CRC por medio de reglamentos.

153 Exposición de motivos, Proyecto de Ley n.º 152 de 2018, p. 21.

154 Artículo 37, Ley 1978 de 2019.

155 Los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía móvil rural fueron originalmente catalogados como servicios públicos domiciliarios por la Ley 142 de 1994. Sin embargo, el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 los excluye de esta categoría al indicar que “a las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículos 4 sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral”.

156 Delegatura que hacía parte de la estructura de la SSPD de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.º del Decreto 990 de 2002.

sumidor de la SIC¹⁵⁷. Sin embargo, este reparto competencial no incluyó a los usuarios de televisión por suscripción y de televisión comunitaria, cuya protección estuvo en cabeza de la ANTV hasta la reforma de 2019. Contrario al carácter privativo de la competencia de la SIC en materia de protección de la competencia, las facultades administrativas de la autoridad transversal de consumo para velar por la observancia de las disposiciones del estatuto del consumidor, dar trámite a las investigaciones por su incumplimiento e imponer sanciones¹⁵⁸ son residuales, es decir, se ejercen siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad¹⁵⁹. De acuerdo con el modelo institucional vigente, las autoridades nacionales sectoriales competentes actúan como superior funcional de sus vigiladas¹⁶⁰.

Es preciso recordar que en el ejercicio de sus funciones la SIC debe aplicar la regulación sectorial que expida la CRC, autoridad que mantiene

157 Al interior de la delegatura de protección del consumidor se organizó una dirección de investigaciones para los usuarios de servicios de comunicaciones, cuyas funciones se encuentran definidas en el artículo 13 del Decreto 4886 de 2011. Entre sus principales competencias están la de ejercer la supervisión de las instrucciones impartidas por la SIC en materia de protección de usuarios, tramitar y decidir las denuncias en contra de proveedores de servicios de telecomunicaciones por presuntas infracciones al régimen de protección de usuarios de los servicios de comunicaciones de la CRC, y resolver los recursos de apelación y queja que se interpongan contra las decisiones adoptadas en primera instancia por los operadores de servicios postales.

158 El artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 contempla las sanciones que puede imponer la SIC, entre las que se encuentran multas para personas naturales o jurídicas o por incumplimiento de órdenes de la SIC, el cierre temporal o definitivo de establecimientos, la prohibición temporal o definitiva de ofrecer al público determinados productos o para ejercer el comercio, y ordenar la destrucción de un determinado producto que sea perjudicial para la salud o seguridad de los consumidores. La norma también regula los criterios que debe tener en cuenta la Superintendencia para la graduación de la sanción, las causales de exoneración de responsabilidad y la destinación del 50 % de los montos de las sanciones pecuniarias impuestas por desconocimiento de las normas de protección al consumidor para la operación de la Red Nacional de Protección al Consumidor (RNPC).

159 Artículo 59, Ley 1480 de 2011. Varias entidades sectoriales organizadas como superintendencias, unidades administrativas especiales o establecimientos públicos son competentes en materia de protección de los derechos de los consumidores, entre ellas: 1. La Superintendencia Financiera (Ley 1328 de 2009); 2. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994); 3. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada (Dcto. 2355 de 2006); 4. La Superintendencia de Puertos y Transporte (Ley 01 de 1991, Dcto. 2741 de 2001); 5. La Superintendencia Nacional de Salud (Ley 1438 de 2011); 6. La Superintendencia de Economía Solidaria (Ley 454 de 1998), y 7. El Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos –INVIMA (Ley 100 de 1993).

160 Cfr. el artículo 74 del CPACA, norma que señala dentro de los recursos que proceden contra los actos administrativos: “El de apelación, ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito”.

su competencia para establecer el régimen que maximice el bienestar social de los usuarios, emitir concepto sobre la legalidad de los contratos de los proveedores con los usuarios y establecer las obligaciones encaminadas a su protección¹⁶¹. En la práctica este reparto puede conducir a posiciones contradictorias entre la autoridad encargada de organizar la regulación y aquella que vigila su cumplimiento, lo que compromete la eficacia de su desempeño. Es por ello que conviene establecer mecanismos de coordinación entre la autoridad de protección del consumidor, como experta en derecho de consumo, y los reguladores, quienes cuentan con un peritaje técnico del sector¹⁶².

Pero la Ley de modernización tampoco establece criterios claros que permitan solucionar los recurrentes conflictos de competencia entre la SIC y el MINTIC como autoridad encargada de sancionar el incumplimiento de la regulación del sector. Incluso encontramos situaciones en las que un operador es sancionado por ambas autoridades como, por ejemplo, cuando la SIC decidió dejar en firme una multa a Avantel por no emplear la estructura de códigos cortos para el envío de mensajes de contenido comercial y/o publicitarios previstos en el artículo 22 de la resolución CRC 3501 de 2011, siendo que el MINTIC ya había sancionado a esa empresa por los mismos

161 Artículo 19, Ley 1978 de 2010. En el ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011 encontramos que su aplicación es suplementaria. Se entiende que este concepto de suplementariedad permea todos los regímenes especiales en aquello que no esté regulado, con la finalidad última de proteger integralmente al consumidor o usuario. Así se ha hecho en el sector del turismo, en el que, por ejemplo, se aplica el régimen especial contemplado en las leyes 300 de 1996 y 1558 de 2012 y, en aquello no regulado, el Estatuto de Protección al Consumidor. En el ejemplo del turismo la autoridad que aplica ambos regímenes es la SIC. En este caso, los pliegos de cargos son complejos en la medida en que tienen dos sanciones distintas: unas contempladas en la norma especial y otras contenidas en el Estatuto del Consumidor.

162 De acuerdo con el artículo 75 de la Ley 1480 de 2011, la Red Nacional del Consumidor (RNC) está conformada por las autoridades administrativas que tengan asignadas funciones de protección al consumidor, las ligas y asociaciones de consumidores y la SIC. Se trata de un instrumento de coordinación y cooperación que solo involucra a aquellas autoridades encargadas de funciones de inspección, vigilancia y control en materia de protección de los consumidores y no a reguladores sectoriales como la CRC. Asimismo, el artículo 76 de la Ley 1480 de 2011 establece que son los ministerios responsables de cada sector administrativo los que deben procurar espacios para la difusión abierta de las políticas sectoriales que se relacionen con la protección y divulgación de los derechos de los consumidores. Y aunque existe un deber de coordinación general entre autoridades administrativas (art. 209 CP, art. 6.º, Ley 489 de 1998), no se evidencian aún mecanismos concretos entre la CRC y la SIC.

hechos¹⁶³. Para la autoridad de competencia existía una diferencia en los fines perseguidos, en la medida en que la investigación adelantada por el Ministerio tenía como propósito determinar si Avantel había usado códigos cortos, y no establecer si se habían vulnerado los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones:

... pese a que las investigaciones adelantadas en las dos entidades tuvieron como causa los hechos denunciados por Comcel en contra de Avantel, las actuaciones administrativas aludidas no guardan similitud en su finalidad, ni en el bien jurídico tutelado, ni mucho menos en la norma sobre la cual se fundamentó la investigación¹⁶⁴.

En esos supuestos parece existir una especie de zona gris en la que la legalidad de la actuación está condicionada por la existencia de dos o más intereses o bienes jurídicos que se tutelan por vías administrativas distintas.

Estas diferencias de criterios también pueden ser frecuentes entre autoridades pertenecientes al sector de las TIC, en la medida en que la separación orgánica que mantuvo la Ley de modernización entre la autoridad encargada de expedir la regulación (CRC) y aquella que debe vigilar su cumplimiento (ministerio)

... dificulta el propósito mismo de la actividad de regulación en materia de telecomunicaciones, pues los encargados de una y otra pueden tener criterios diferentes –no necesariamente confluyentes–, intereses diversos, y posiciones divergentes,

163 Según los argumentos de la empresa recurrente, “... la SIC pretende legitimar su actuación al señalar que se trata de dos actuaciones administrativas con motivos de inicio diferentes, por tratarse de violación de normas regulatorias de naturaleza distinta, sin embargo, la resolución recurrida de manera sistemática se ocupa de reprochar un pretendido incumplimiento del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y de manera superficial indica que ello conllevó a la violación del principio de libre elección de los usuarios así como a las disposiciones del RNE, porque asume que la conducta de Avantel ‘permite pasar por alto los controles establecidos en el RNE para impedir la recepción de este tipo de mensajes a los usuarios que soliciten la exclusión de su abonado’”.

164 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución n.º 58194 del 31 de agosto de 2016. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido que un mismo hecho dé lugar a varias respuestas del Estado, incluso varias sanciones, a condición de que esos instrumentos se funden en normas diferentes, que pertenezcan a distintas áreas del derecho, persigan fines y tengan una causa jurídica diferentes. En esos casos, y ante la presencia de varias respuestas del Estado, la coordinación administrativa entre autoridades generales y sectoriales se vuelve una exigencia; cfr. CC. Sentencias C-632 de 2011, C-870 de 2002 y C-478 de 2007.

de manera tal que el propósito de satisfacción del interés general, puede resultar más difícil de alcanzar, que si se encuentran concentrados en una sola autoridad¹⁶⁵.

Conviene que la atribución de potestades sancionatorias se concentre en la CRC, tanto para dar un mayor alcance a las garantías de independencia orgánica que le son atribuidas al regulador, como para hacer más eficaz el ejercicio de competencias regulatorias que le son propias¹⁶⁶. Asimismo, la autoridad que expide la regulación conoce mejor sus objetivos, de manera que está en mejor capacidad para identificar si los sujetos sometidos a esta la han cumplido¹⁶⁷. Además, se encuentran casos en los que el Mintic ha incumplido con dicha función¹⁶⁸. Por lo demás, “la potestad sancionadora en

¹⁶⁵ G. CALDERÓN. Op. cit., p. xv.

¹⁶⁶ De acuerdo con la OCDE, la CRC tiene facultades sancionadoras mínimas, ya que solo puede imponer multas a los operadores por no atender los requerimientos de información: OCDE. “Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia”, cit., p. 46. Si la CRC conservó inalterada su competencia para sancionar con multas diarias de hasta por 250 salarios mínimos a los operadores que no atiendan sus requerimientos de información o suministren datos que no cumplan con las condiciones de calidad definidas por la Comisión (num. 19, art. 22, Ley 1341 de 2009, modificado por el art. 19, Ley 1978 de 2019), además de lo anotado por la OCDE, es legítimo preguntarse qué sucede en aquellos casos en que la falta de atención a un requerimiento de información involucra también el desconocimiento de la regulación. ¿La competencia sancionatoria del Mintic reemplaza aquella de la CRC? Al respecto parece existir una posición según la cual el ministerio sería la entidad competente para sancionar a los proveedores en casos de incumplimientos recurrentes a los requerimientos de información, lo cual, se señala, desconoce el hecho de que la información periódica es “... el insumo principal del regulador para el ejercicio de sus funciones y especialmente para el monitoreo del mercado”: G. CALDERÓN. Op. cit., p. 54.

¹⁶⁷ *Ídem*. La OCDE considera que “se deben conferir facultades a la CRC para imponer sanciones por el incumplimiento de la regulación de las telecomunicaciones. De manera más general, la CRC debe ser el organismo responsable de la aplicación de la regulación. Las multas en caso de incumplimiento de la regulación han de ser lo suficientemente cuantiosas como para disuadir a los operadores de no respetar la normativa o utilizar tácticas dilatorias [...]”: OCDE. “Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia”, cit., p. 13.

¹⁶⁸ Es el caso de la regulación en materia de instalación esencial de *roaming* automático nacional y con ocasión de la negativa de los operadores móviles establecidos a permitir el acceso y uso de esas instalaciones. Aunque con esta conducta dichos operadores crearon una berrera de entrada al mercado de un cuarto jugador (Avantel) por más de once meses, el Ministerio de TIC no tomó medidas sancionatorias y de control al respecto al punto que decidió archivar las investigaciones. Además, como lo pone de presente la doctrina, “Debe anotarse que la Superintendencia de Industria y Comercio, quien está dotada de potestades sancionatorias más severas, e incluso cuenta con la posibilidad de decretar medidas cautelares, tampoco impuso sanciones a los proveedores incumbentes responsables por la entrada tardía de un cuarto operador móvil, lo cual evidencia un ejercicio débil de regulación *ex post*. A lo anterior cabe agregar que el Estado colombiano tiene una alta participación en algunas de las sociedades que participan en el mercado de las

cabeza del regulador le servirá de instrumento o herramienta para medir la eficacia de sus medidas regulatorias”¹⁶⁹. Si bien le corresponde al presidente, como suprema autoridad administrativa, la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos¹⁷⁰, esto no es óbice para que el legislador, en ejercicio de su amplia libertad de configuración normativa en materia de organización administrativa¹⁷¹ pueda trasladar la potestad sancionadora del MINTIC a la CRC, sobre todo porque la Ley a través de la cual se determina la estructura de la Administración pública del orden nacional debe contar con la iniciativa del gobierno¹⁷². A pesar de que la atribución de potestades sancionatorias a la CRC es adecuada y factible, el interés manifestado por el poder político en la reforma de modernización apunta en una dirección opuesta: conservar amplias potestades sancionatorias para los servicios de comunicaciones, y además reivindicar a su favor aquellas para los servicios audiovisuales que el Constituyente de 1991 había decidido dejar por fuera del control de las preferencias de las mayorías políticas de turno.

Por último, y en concordancia con lo dispuesto por el artículo 6.º de la Ley 1340 de 2009, la reforma de modernización reitera la competencia de la SIC en materia de protección de la libre competencia para el sector de TIC¹⁷³, lo cual incluye lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es, acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales¹⁷⁴. Como autoridad nacional de protección de la competencia, la SIC conoce de forma privativa las investigaciones administrativas y el control previo de integraciones, salvo contadas excepciones. No es el propósito de este trabajo insistir en la necesidad de atribuir independencia orgánica a la SIC, autoridad que solo posee algunas dimensiones de autonomía, toda vez que esto ha sido objeto de otras investigaciones¹⁷⁵, e incluso de recomen-

telecomunicaciones, lo cual puede generar algunas suspicacias”; G. CALDERÓN. Op. cit., pp. 56 y 57; investigación que presenta varios ejemplos sectoriales.

169 Ídem.

170 Artículo 189, numeral 22 CP.

171 CC. Sentencias C-580 de 2013 y C-795 de 2009.

172 Artículo 154 CP; CC. Sentencia C-570 de 2004.

173 Artículo 37, Ley 1978 de 2019.

174 Artículo 2.º, Ley 1340 de 2009.

175 A. ZÁRATE. *L'indépendance des autorités de concurrence...*, cit.; A. ZÁRATE. “La protección constitucional de la rivalidad en el mercado como interés de las actuaciones administrativas en materia económica”, *Las Transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo*, t. I. *Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa*, Bogotá,

daciones de organismos como la OCDE¹⁷⁶. Nos corresponde en esta ocasión hacer unos comentarios acerca del reparto competencial vigente, según el cual corresponde a la CRC promover y regular la libre competencia y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo incluso establecer reglas de comportamiento diferenciales, de acuerdo con la posición de los proveedores, y una vez se haya determinado la existencia de fallas en los mercados correspondientes¹⁷⁷. En el marco de esta intervención *en amont* la Comisión puede, además, expedir toda la regulación de carácter general y particular en materias como el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión, el acceso y uso de instalaciones esenciales, la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, y los precios mayoristas¹⁷⁸, que sin duda pueden incidir en la estructuración de los mercados de las TIC y, de hecho son susceptibles de alterar las condiciones de competencia al interior de estos. Le corresponde entonces a la SIC aplicar tanto las disposiciones generales a las que hace referencia el artículo 4.º de la Ley 1340 de 2009, como todas aquellas reglas especiales que defina la CRC para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Asimismo, se establece para ambas autoridades una coordinación que es posible decir que opera en doble vía: a la CRC le corresponde cumplir con el trámite de abogacía de la competencia

Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 633-721; A. ZÁRATE y C. PERDOMO. “Relaciones peligrosas...”, cit.

176 OCDE. *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy*, OECD, 2016, p. 5. En respuesta a estas recomendaciones el gobierno anterior expidió el controvertido Decreto 1817 de 2015, norma que modificaba las condiciones relativas a los requisitos, nombramiento, período y retiro de los superintendentes de sociedades, de industria y comercio y financiero. Se trataba de una especie de cortina de humo frente a la OCDE que no aseguraba condiciones de independencia, y que, además, fue parcialmente anulado por el juez de lo contencioso administrativo al considerar que si bien el presidente puede establecer un mecanismo de invitación pública dirigido a permitir que las personas que cumplan con los requisitos y condiciones para ejercer el cargo participen de su escogencia a través de una selección abierta, este no puede ni fijar un período de cuatro años, ni señalar que corresponde al respectivo período presidencial, así como tampoco imponer la motivación del acto del retiro del empleo, más allá los deberes de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que existen para todo el que ejerce la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción; cfr. CE. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 14 de mayo de 2020, rad. n.º 11001032400020150054200.

177 Numeral 2, artículo 22 Ley 1341 de 2009.

178 Numeral 3, artículo 22 Ley 1341 de 2009.

como presupuesto para el ejercicio de sus competencias regulatorias¹⁷⁹, mientras que la SIC debe avisar al regulador sectorial, dentro de los diez días siguientes al inicio de una investigación por prácticas, o cuando decide continuar con la etapa de examen de fondo prevista en el procedimiento de control de integraciones empresariales¹⁸⁰.

2.2. EL CONTROL ADMINISTRATIVO INHERENTE, NECESARIO Y PROPORCIONAL AL REGULADOR Y A LA REGULACIÓN

Una de las premisas dogmáticas que mejor representa el surgimiento de los Estados modernos es el sometimiento pleno del poder público al derecho, de lo que se deriva el principio de legalidad, el cual constituye uno de los pilares del derecho administrativo. Esta garantía se ha mantenido vigente en los diversos estadios evolutivos del modelo estatal, llegando incólume al actual Estado constitucional y democrático. Sin embargo, todavía no se resuelve el problema de ausencia de mecanismos eficaces que eviten dicho abuso y garanticen su limitación y uso racional, aún más cuando se ha venido ampliando el margen de autonomía decisional de las autoridades administrativas. No es posible detenernos aquí a analizar en detalle el recorrido teórico e histórico¹⁸¹ de la lucha por el control del poder público y de las actividades administrativas¹⁸², pues ello desborda el alcance de esta investigación; sin embargo, a nuestros efectos resulta importante resaltar que las dificultades

179 Artículo 7.º de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019. La modificación introducida en la Ley del PND faculta a la SIC para emitir un concepto de oficio. La doctrina francesa califica como “determinantes” aquellas opiniones que, si bien no son vinculantes, exigen a su destinatario que exponga las razones por las cuales se aparta de ellas: M. A. FRISON-ROCHE. “Le droit de la Régulation”, *Dalloz*, 2001, chron., p. 616. Es preciso indicar que el proyecto no dejaba claro si existe para las autoridades departamentales o municipales el deber de explicar las razones por las cuales se apartan del concepto de la SIC.

180 Artículo 8.º de la Ley 1340 de 2009.

181 Para profundizar en el recorrido histórico y teórico referido, cfr. C. PERDOMO VILLAMIL. *Costruzione sistematica del controllo amministrativo dell'attività amministrativa in base all'esperienza colombiana ed italiana*, Tesis de doctorado, Universidad de Bolonia, 2020, disponible en [<http://amsdottorato.unibo.it/9358/>], consultada el 22 de julio de 2020.

182 El poder público y las actividades administrativas se plantean como conceptos distintos, toda vez que las últimas no siempre constituyen manifestaciones del primero, es decir, puede haber ejercicio de actividades administrativas desprovistas de las prerrogativas del poder público. Al respecto, cfr. A. MONTAÑA PLATA. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad

de concreción del control pleno, en el sentido de que el único límite es el derecho¹⁸³, se pueden derivar del tradicional e irregular¹⁸⁴ monopolio ejercido por el juez, que desconoce el rol de otros controladores y demuestra la fijación de nuestro modelo de derecho administrativo con la legalidad, lo cual, por definición, imposibilita que el control se extienda más allá de los elementos de validez, a la vez que descuida los de efectividad¹⁸⁵. En efecto, el control del poder público y de la actividad administrativa exigen reconocer que el control judicial adolece de limitaciones intrínsecas y connaturales¹⁸⁶, y que el principio de separación de poderes hace difícil aceptar que el juez sustituya a la Administración, por lo que el control ejercido por él implica la configuración de espacios que escapan a su autoridad. Por tanto, se justifica la necesidad de reivindicar el rol de los controles no judiciales y de los parámetros de efectividad, ya que solo así podremos aspirar a materializar el

Externado de Colombia, 2010, pp. 167 a 206. En esa medida, el control de la actividad administrativa no puede suponer solo el control del poder público.

183 T.-R. FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 2008, pp. 144 y 145.

184 En el control judicial "... el conjunto no es el objeto del control. [...] lo que puede ser adecuado en términos de funcionalidad para la tutela individual, puede resultar insuficiente o perjudicial desde una perspectiva del conjunto de los controles, esto es, desde la óptica de la función de control en sí misma considerada": E. SCHMIDT-ASSMANN. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo", en J. BARNES (ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press e INAP, 2012., cit., p. 89.

185 "La eficacia es un elemento transversal y, por ende, cualquier elemento o instrumento del derecho administrativo debe considerarse a su luz [...] La eficacia es entonces una obligación de resultado y no simplemente de medios [...] Los poderes administrativos ya no son legítimos únicamente por emanar de la ley, expresión de la voluntad popular, sino también, y sobre todo, por servirles a las personas, por ser útil a la sociedad": A. F. OSPINA GARZÓN. "La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann", *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 59 y 60, 70.

186 "Pero el control judicial (es decir, aquel que se surte en el contexto de la resolución de conflictos individuales) obviamente no es suficiente para asegurar plenamente el desarrollo de la acción administrativa, de acuerdo con los principios antes mencionados. Se trata de un control condicionado por la iniciativa de determinadas personas y limitado a la protección de sus intereses tutelados. Por su propia naturaleza (que pertenece a la función judicial) presupone la existencia de disputas en curso, intereses violados, la existencia de condiciones prácticas para que tales intereses puedan ser satisfechos [...] es un servicio no generalizado, esporádico, y obviamente limitado a la protección de solo uno de los valores detrás del correcto funcionamiento de la Administración, el de la legalidad, por tanto, que ignora necesariamente los demás": V. CERULLI IRELLI. "Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative", en *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli*, Milán, Franco Angeli, 2009, p. 37 (trad. propia).

prometido sometimiento pleno al derecho¹⁸⁷. Para ello nuestra Constitución prevé un marco normativo sustancial e institucional que fundamenta dicha modalidad de control: por un lado, desde la perspectiva sustancial se prevén principios que rigen el ejercicio de la función administrativa y la gestión fiscal, y que proscriben la arbitrariedad de las actividades administrativas¹⁸⁸ y, por otro, desde la perspectiva institucional se prevén entidades de control distintas de los jueces¹⁸⁹, cuya misión será satisfecha sólo si se erigen en complemento de la tarea de estos últimos.

Sobre las bases expuestas es posible marcar el punto de partida del régimen constitucional del control de la actividad de regulación y de los reguladores, como es el caso de la CRC. En efecto, lo dicho hasta este punto constituye el marco de referencia que nos permite analizar cómo los mecanismos de control pueden llegar a restringir o limitar legítima y paulatinamente las garantías de autonomía e independencia estatutaria que han venido ganando, y que se concretan en la referida Ley 1978 de 2020.

Lo primero que se debe aclarar es que la referida previsión normativa contenida en el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019, en el sentido de que la CRC “no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno y sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente”, no significa que los controles de origen constitucional, como el ejercido por los órganos y entidades no judiciales internos y externos, hayan sido eliminados, pues ello supondría un abierto atentado contra el régimen constitucional del control, y contra el equilibrio de poderes, lo cual conduciría, fatalmente, a reforzar la idea de monopolio judicial, caracterizado por los referidos espacios vacíos y desprovistos de control. Sin embargo, reconocer que el control al cual se encuentra sometida la CRC y su función regulatoria no se limita al control judicial de sus actos administrativos, lo que no supone la aceptación de un sistema de controles que desconozca o anule las garantías de autonomía y de

187 C. PERDOMO VILLAMIL. “Reivindicación del control no judicial de la función administrativa: bases para su (re)construcción dogmática”, *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo*, t. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 333 a 395.

188 Principios de la función administrativa (art. 209), principios de la gestión fiscal (inc. 4.º art. 267) e interdicción de la arbitrariedad (arts. 4.º –supremacía constitucional–, 6.º y 121 –principio de legalidad–).

189 Nuestra Constitución se refiere de manera expresa a los controles no judiciales, por un lado, los internos, como obligación de todas las administraciones públicas (art. 209), y por otro, los externos desde la perspectiva subjetiva de los controladores, esto es, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público (arts. 267 a 284).

independencia estatutaria con que, también de manera necesaria, debe estar dotado el regulador. De allí que se haya afirmado que a través del control se podría/debería garantizar la limitación de la regulación a su justo necesario¹⁹⁰, y evitar su ejercicio arbitrario¹⁹¹, como ocurre con cualquier otro poder público o actividad administrativa. Aclarado este punto, es posible afirmar que el análisis completo del control que recae sobre la regulación debe partir de la naturaleza jurídica y de las garantías de autonomía e independencia estatutaria de la CRC que, junto con la dimensión sustancial de la regulación, conforman dos dimensiones de control, una orgánica y otra funcional.

En relación con la primera dimensión, se excluye a la CRC de los controles administrativos jerárquico y de tutela. Esta situación es perfectamente viable en la medida en que la facultad de determinación de la Administración pública comprende, también, la señalación de la vinculación con organismos principales a efectos del control¹⁹²; por tanto, si el legislador eliminó expresamente los controles y guardó silencio sobre la vinculación o adscripción de la CRC al organismo que encabeza el sector administrativo, significa que intencionalmente quiso reforzar el hecho de que la CRC no estaría sometida a los controles propios de los integrantes de la Rama Ejecutiva, y que se derivan de dicha relación o vinculación orgánica. Sin embargo, a pesar de lo anterior, la pertenencia al sector TIC sigue implicando una relación funcional

190 “... es más complicado concebir la necesidad de control (social, legislativo o judicial) para actuaciones de expertos técnicos y neutros que para actuaciones como la de la administración en general [...] La consideración de la regulación económica como actividad del Estado por más de que plantee una finalidad plausible debe ser controlada necesariamente para evitar abusos. La cuestión pasa a ser, volviendo a la tradición del sistema estadounidense, la de control del poder...”: C. PERDOMO VILLAMIL. *Regulación económica: caracterización y control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tesis de grado (coll.), 2014, pp. 72 y 73.

191 “... la arbitrariedad marca un límite de lo jurídicamente aceptable. Un límite infranqueable, que el Derecho no puede tolerar que se rebase en ningún caso so pretexto de tecnicismos de ningún tipo, que simplemente deben decaer cuando entren en conflicto con la necesaria defensa de esa barrera que separa lo jurídico de lo arbitrario”: T.-R. FERNÁNDEZ. *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid, Iustel, 2016, p. 104.

192 “La Corte ha expresado que la función de determinar la estructura de la Administración nacional, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, ‘sino que comprende proyecciones mucho más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines del control’”: CC. Sentencias C-121 de 2003 y C-1162 de 2000.

entre la CRC y el Mintic, como cabeza del sector, pero no en términos de control administrativo sino, como ya se indicó, de coordinación y colaboración armónica entre organismos y entidades que no tienen una relación jerárquica o de tutela. En ese contexto, desde la anotada perspectiva orgánica el control administrativo de la CRC adolece de una importante excepción con respecto a las otras autoridades administrativas, la cual, según se ha explicado, es necesaria y pertinente en función de la actividad administrativa de regulación que ejerce. Sería insulsa e inalcanzable la intención de atribuir las dimensiones de autonomía y garantías de independencia estatutaria si, al mismo tiempo, se mantiene el control derivado de la naturaleza orgánica de la UAE. Ciertamente, desde esta óptica, con la Ley de modernización de 2019 se evidencia un avance hacia el equilibrio entre las necesidades de autonomía e independencia, por un lado, y de control, por otro.

Esta necesaria reducción de los controles administrativos de naturaleza orgánica se compensa mediante los controles de naturaleza funcional, los cuales atañen a la actividad que se desarrolla y a los recursos públicos ejecutados. De la naturaleza de la actividad se derivan los referidos controles judiciales y no judiciales, cuya legitimación se desprende directamente del texto constitucional, y cuyo alcance no se ve limitado por las garantías de autonomía e independencia, requiriéndose que sean incisivos a efectos de compensar la ausencia de controles derivados directamente de su pertenencia al sector administrativo TIC, pero proporcionales, para que no vacíen o sustituyan a la CRC como entidad dotada de esas garantías.

En ese contexto, resulta importante resaltar que, en el marco del Estado de derecho, ni el control judicial ni el control no judicial (interno o externo) ejercidos sobre la CRC y sobre su actividad pueden estar limitados desde una perspectiva sustancial. De este modo, los jueces y los entes de control (contralorías y ministerio público) están directamente legitimados para fiscalizar a plenitud¹⁹³, desde una perspectiva funcional, en el sentido de

193 La cuestión de la legitimación del juez es conflictiva solo en relación con el alcance, pues se ha concebido tradicionalmente que su competencia se restringe al control de legalidad, siendo difícil que extienda sus facultades a los parámetros de efectividad, propios de la discrecionalidad pura. A su turno, la legitimidad de los controladores no judiciales no se limita a nivel sustancial, pues la Constitución Política los legitima de manera directa para conocer, entre otros, aspectos como la gestión, los resultados, la calidad (controles internos, según el art. 209 de la Constitución Política y el desarrollo en la Ley 87 de 1993 y los controles externos, según los arts. 267 a 284 de la Constitución Política).

que ninguna manifestación de la actividad regulatoria debe escabullirse del control¹⁹⁴. Lo anterior implica que no podrán excluirse objetos del ámbito del control, pero no que el alcance de las medidas de control sea igual de incisivo para todos los casos. Por tanto, la posibilidad de controlar todo el espectro de la actividad regulatoria plantea problemáticas en relación con su alcance, las cuales exigen armonizar y equilibrar, por un lado, la exigencia de respeto absoluto del derecho y, por otro, la imposibilidad de sustituir o suplantar al regulador.

A su turno, es importante resaltar que los controles funcionales derivados de los recursos públicos inmersos en la actividad de regulación, tampoco se verían atenuados o limitados por las garantías de autonomía e independencia estatutaria del regulador, la cual, como se explicó, irradia sus efectos respecto de la relación de la CRC con el ejecutivo, no con los entes de control fiscal y de resultados. Por tanto, en virtud de sus facultades constitucionales (arts. 267 a 274) y legales (Dcto. Legislativo 403 de 2020), la Contraloría General de la República tiene plena competencia para realizar la vigilancia y el control fiscal y de resultados (art. 119 de la Constitución Política), es decir, para controlar al regulador, de manera preventiva, concomitante y posterior, en aspectos relativos a la gestión financiera, la gestión general y los resultados, con base en parámetros de legalidad y de eficiencia, economía, equidad, desarrollo sostenible, y del principio de valoración de costos ambientales. A su turno, los controles internos, que según la Ley 87 de 1993, están dirigidos a la

... autoevaluación o diagnóstico de aquello que ocurre en la organización en sus diferentes planos (contabilidad, planeación, evaluación del desempeño, etc.), pero al mismo tiempo planes de mejoramiento [es] un control transversal en el ordenamiento jurídico colombiano pues no se restringe solo a la rama ejecutiva del poder público¹⁹⁵.

194 La plenitud del control significa "... que no queden espacios francos de fiscalización [...] control pleno no se referiría a una noción cuantitativa (posibilidad de interponer recursos contra cualquier acto administrativo) sino a una noción cualitativa (interpuesto y admitido el recurso, hasta dónde ha de llegar la fiscalización)": M. BELTRÁN DE FELIPE. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 77 y 78.

195 J. I. RINCÓN CÓRDOBA. "El control interno como mecanismo de lucha contra la corrupción", en *Corrupción en Colombia. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, t. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 465.

También en relación con los recursos públicos empleados, pero desde la perspectiva de la conformación del presupuesto, nos remitimos al análisis efectuado anteriormente sobre el alcance de la autonomía presupuestal de la CRC. En esta parte es pertinente resaltar que, como se señaló, esta autonomía de control previo a la formación del presupuesto le permite detentar las facultades de manejo, administración y disposición de los recursos previamente apropiados en la ley anual del presupuesto, de contratación y de ordenación del gasto, todo ello de conformidad con las disposiciones aplicables. Por su parte, en la ejecución presupuestal son aplicables las consideraciones previas relacionadas con los controles judicial y no judicial.

Por último, dentro del espectro variado y complementario de los controles que se deben surtir sobre la CRC y su regulación, es importante traer a colación aquellos mecanismos que, también desde una perspectiva funcional, detentan una naturaleza colaborativa. Se trata de los controles político y social que por definición tienen efectos estimulantes de autocorrección en el sujeto controlado. En relación con el primero, en virtud del principio de separación de poderes, expresa la necesidad de establecer interacciones orgánicas entre las distintas ramas, a efectos de materializar el sistema de *checks and balances*. En efecto, “en términos generales, este tipo de control se ha entendido como una forma de limitación para los órganos de carácter político: el Congreso de la República y el Gobierno Nacional —particularmente éste último. Con fundamento en criterios de libertad política”¹⁹⁶. Por tanto, en ejercicio de esta modalidad de control se podrán realizar citaciones a los reguladores¹⁹⁷. Sin embargo, es importante resaltar que figuras de control político como la moción de censura no están destinadas a las autoridades regulatorias, por expresa previsión constitucional (num. 9 del art. 135 de la Constitución

196 G. LOZANO VILLEGAS. *Control político en el ordenamiento constitucional colombiano: ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 37.

197 Por ejemplo, la facultad de las comisiones interparlamentarias, según el numeral 2 del artículo nuevo del artículo 115 de la Ley 5.^a de 1992, para “citar, requerir o invitar, a los Ministros del despacho, a los directores de departamentos administrativos, a los presidentes o directores o gerentes de entidades descentralizadas nacionales o territoriales y funcionarios de la rama ejecutiva nacional o territorial para que informen de manera exclusiva y específica sobre asuntos regionales relacionados con sus funciones. Con todo nadie podrá ser citado el mismo día para más de una Comisión y tendrán prioridad las citaciones a las Comisiones Constitucionales Permanentes”.

Política), que la circunscribe a los ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos.

Por su parte, el control social, que puede ser definido como “... aquella facultad de vigilancia y opinión que, en terminología de Lowenstein, tienen los destinatarios del poder sobre las instituciones y/o detentadores del mismo, y que se traduce en la aprobación o improbación del pueblo sobre la actividad estatal o parte de ella”¹⁹⁸, es una manifestación más clara de la dimensión democrática de nuestro Estado. En el caso concreto, según el artículo 34 de la Ley 489 de 1998, para el ejercicio de esta modalidad de control los ciudadanos pueden crear veedurías ciudadanas y la administración (CRC) está obligada a brindar todo el apoyo requerido para el ejercicio de dicho control. Sin embargo, como se deriva de la anterior explicación sumaria, ambos tipos de control se caracterizan por sus efectos colaborativos y, por tanto, para materializar el pleno sometimiento del poder público al derecho se requiere su complementación con los enunciados controles de naturaleza correctiva. En otras palabras, el control administrativo de la regulación económica no puede surtirse exclusivamente a través de controles colaborativos o de un único control correctivo (el judicial), requiere de la incorporación paralela de otros mecanismos de igual naturaleza, pero ejercidos por autoridades no judiciales.

CONCLUSIONES

La última reforma normativa al sector de TIC se preocupa por actualizar la legislación a los recientes avances tecnológicos y de mercado, pero no cumple con su labor de forma coherente debido a que, a pesar de argumentar como motivos para la reforma legal la necesidad de un regulador convergente e independiente, termina plasmando un articulado que no corresponde con tales necesidades. Ella mantiene vigente un reparto competencial de funciones regulatorias entre varias administraciones públicas y la organización interna de la CRC, pero curiosamente conserva la lógica de separación de las sesiones en función de los dos grandes mercados regulados. Asimismo, la previsión normativa que elimina de los controles jerárquico y de tutela, y que afirma que los actos de la CRC solo estarán sometidos al control judicial,

198 G. LOZANO VILLEGAS. *Control político en el ordenamiento constitucional colombiano...*, cit., p. 34.

debe ser leída e interpretada de manera tal que se integren con los controles constitucionales, en particular, aquellos de naturaleza no judicial, ejercidos por órganos y entidades internos y externos. Será la complementariedad entre estos la que permita la plenitud del control, no en términos de su alcance, sino en términos de los objetos controlados. Con todo, el reconocimiento de controles diversos a los del juez no implica, y no podría implicar, desconocer las dimensiones de autonomía e independencia que le fueron otorgadas a la CRC: se trata de un control amplio y necesario en nuestro contexto constitucional, pero limitado a lo suficiente. Ni la regulación, ni el control pueden ser arbitrarios. Desde luego que es un avance que la CRC tenga las garantías de independencia y no subordinación al ejecutivo para cumplir sus funciones, sin embargo, de nada sirve tener garantías institucionales para regular el servicio de televisión si la actividad que se regula no es más que el residuo de una materia previamente modulada por el ejecutivo en la etapa de acceso a los servicios audiovisuales. ¿Cómo puede la CRC promover la competencia o garantizar el pluralismo informativo, por ejemplo, si previamente tales ámbitos han sido sometidos a las decisiones de órganos del ejecutivo? ¿Cómo garantizar un pluralismo democrático si el espectro electromagnético necesario para su expresión es asignado por los gobernantes de turno? Las reformas funcionales e institucionales no han concretado la pretensión de un regulador convergente y, mientras que para el sector de las telecomunicaciones muestran un avance en términos de garantías de independencia, para el sector de la televisión ellas derivan en un retroceso.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

OBRAS GENERALES Y ESPECIALIZADAS

BELTRÁN DE FELIPE, M. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.

CASINI, L. *Potere globale*, Bologna, Il Mulino, 2018.

CORSO, G. *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

CHAPUS, R. *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15.^a ed., 2001, n.º 296.

- CHEVALLIER, J. *El Estado de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- D'ALBERTI, M. *Lezioni di Diritto amministrativo*, Turín, Giappichelli Editore, 2017.
- FERNÁNDEZ, T.-R. *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid, Iustel, 2016.
- FERNÁNDEZ, T.-R. *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 2008.
- LOZANO VILLEGAS, G. *Control político en el ordenamiento constitucional colombiano, ¿un concepto diluido en el control jurídico o una idea que debe consolidarse?*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010.
- MONTAÑA PLATA, A. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PACHECO, R. *Televisión y nuevas realidades tecnológicas y de mercado: hacia el sistema de la comunicación audiovisual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- PERDOMO VILLAMIL, C. *La dimensión organizativa del regulador de las comunicaciones en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- RINCÓN CÓRDOBA, J. I. *Teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2003.

TESIS Y MONOGRAFÍAS

- 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, 2018.
- DELZANGLES, H. *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, tesis de doctorado, Université Bordeaux IV, 2008.
- MANSON, S. *La notion d'indépendance en droit administratif français*, Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas II, 1995.

PERDOMO VILLAMIL, C. *Costruzione sistematica del controllo amministrativo dell'attività amministrativa in base all'esperienza colombiana ed italiana*, Tesis de doctorado, Universidad de Bolonia, 2020.

PERDOMO VILLAMIL, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tesis de grado (coll.), 2014.

TORNOS, J. *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

WOHLERS, M. *Convergencia tecnológica y agenda regulatoria en América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2008.

ZÁRATE, A. *L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative Colombie, France, Etats-Unis*, Université Panthéon-Assas, École doctorale de droit public, 2011.

ARTÍCULOS Y CONTRIBUCIONES

ALDANA, T. y VALLEJO, A. “Telecomunicaciones, convergencia y regulación”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 12, n.º 23, 2010.

AUBY, J. B. “Droit administratif et démocratie”, M. LOMBARD (dir.). *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. “La discrecionalidad, un tema clásico sobre el poder y sobre el control del poder”, en *El juez del derecho administrativo: libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

BARKOW, R. “Insulating Agencies: Avoiding Capture through Institutional Design”, *Texas Law Review*, 89, 2010.

BOTO, A. “La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro en una España en crisis”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2015.

CAMPOS FREIRE, F. “La nueva directiva europea sobre los medios audiovisuales remueve el mapa de la televisión”, *Revista Icono*, 14, 2007.

CERULLI IRELLI, V. “Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative”, *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli*, Milan, Franco Angeli, 2009.

- DELZANGLES, H.; V. DELVAL y M. MARTIN. “Los componentes de la independencia de las autoridades de regulación francesas en materia de servicios públicos en redes”, en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, A. ZÁRATE (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- FRISON-ROCHE, M. A. “Le droit de la Régulation”, *Dalloz*, 2001.
- GARRIDO, M. C. “Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, 2017.
- LOMBARD, M. “Introduction”, en *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006.
- MELO MARULANDA, J. A. “La Agencia Nacional de Hidrocarburos a la luz de la noción de agencia en el derecho comparado”, *Revista de Derecho público*, n.º 30, 2013.
- MONTAÑA, A. “La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la Administración pública”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2015.
- OSPINA GARZÓN, A. F. “La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann”, en *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- ORTIZ LAVERDE, S. “El regulador convergente. Ventajas y desventajas. La revisión de la experiencia del modelo del Reino Unido, México y Argentina de cara al nuevo regulador colombiano”, *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- PACHECO REYES, R. “La Autoridad Nacional de Televisión, ¿una agencia estatal independiente?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2015.
- PERDOMO VILLAMIL, C. “Reivindicación del control no judicial de la función administrativa: bases para su (re)construcción dogmática”, *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo*, t. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- PAULIAT, H. “Réfléchir aux agences, c’est réfléchir à l’organisation de l’État”, *La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités Territoriales*, Paris, LexisNexis, n.º 37, 2012.

- RINCÓN CÓRDOBA, J. I. “El control interno como mecanismo de lucha contra la corrupción”, *Corrupción en Colombia. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, t. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- SARRIA, C. “¿Las agencias son unidades administrativas especiales?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2015.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, en J. BARNES (ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press e INAP, 2012.
- SCHULTZ BRESSMAN, L. “Deference and Democracy”, *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 75, 2007.
- STRAUSS, P. “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Colum. L. Rev.*, 84, 1984.
- STEPHENSON, M. C. “Optimal Political Control of Bureaucracy”, *Mich. L. Rev.*, 107, 2008.
- TAVARES DA SILVA, S. “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”, *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho administrativo*, Madrid, Iustel, Universidad de Córdoba, 2012.
- ZÁRATE, A. “La protección constitucional de la rivalidad en el mercado como interés de las actuaciones administrativas en materia económica”, en *Las transformaciones de la Administración pública y del Derecho Administrativo*, t. I, *Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- ZÁRATE, A. “El eufemismo del término agencia en el ordenamiento jurídico colombiano”, en Daniel Castaño (ed.). *El Derecho administrativo como idea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- ZÁRATE, A. y C. PERDOMO VILLAMIL. “Relaciones peligrosas: corrupción y captura del regulador por grupos de intereses”, *Corrupción en Colombia. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, t. 4, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-429 de 2019.	Sentencia C-655 de 2003.
Sentencia C-359 de 2016.	Sentencia C-654 de 2003.
Sentencia C-257 de 2015.	Sentencia C-655 de 2003.
Sentencia C-278 de 2014.	Sentencia C-150 de 2003.
Sentencia C-580 de 2013.	Sentencia C-121 de 2003.
Sentencia C-170 de 2012.	Sentencia C-616 de 2002.
Sentencia C-577 de 2011.	Sentencia C-870 de 2002.
Sentencia C-632 de 2011.	Sentencia C-560 de 2001.
Sentencia C-403 de 2010.	Sentencia C-827 de 2001.
Sentencia C-403 de 2010.	Sentencia C-1162 de 2000.
Sentencia C-228 de 2010.	Sentencia C-727 de 2000.
Sentencia C-478 de 2007.	Sentencia C-1504 de 2000.
Sentencia C-205 de 2005.	Sentencia C-722 de 1999.
Sentencia C-822 de 2004.	Sentencia C-496 de 1998.
Sentencia C-351 de 2004.	Sentencia C-220 de 1997.
Sentencia C-306 de 2004.	Sentencia C-497 de 1995.
Sentencia C-784 de 2004.	Sentencia C-214 de 1994.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016, rad. n.º 11001-03- 06-000-2016-00066-00(2291).

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de julio de 2016, rad. n.º 11001-03-06-000-2015-00137-00(2266).

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.

