

HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO\*

*Encuadre sistemático de la regulación de telecomunicaciones  
en el esquema de fuentes del derecho administrativo colombiano*

## SUMARIO

Introducción. 1. La regulación como manifestación normativa de la Administración pública. 1.1. La regulación: una especie del género reglamento. 1.2. Aspectos diferenciales de la regulación de TIC como especie del género reglamento. 1.2.1. La regulación y los tipos de reglamentos. 1.2.2. Las notas diferenciales y definitorias de la regulación como peculiar manifestación normativa de la Administración. 2. La regulación en la escala jerárquica de las fuentes del derecho. 2.1. Posicionamiento de la regulación en el sistema de fuentes con base en el criterio jerárquico. 2.2. Posicionamiento de la regulación en el sistema de fuentes con base en el criterio de competencia e implicaciones de este encuadre. 3. Reflexiones finales. Bibliografía.

## RESUMEN

Pese a no gozar de reconocimiento constitucional, la autonomía y especialidad de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) existe y es un dato clave para la existencia de la regulación en el sector de las TIC. Esto, debido a que el legislador, en desarrollo de la reserva de ley en materia de servicios públicos, definió y programó el ámbito de competencia de este órgano y tomó así una decisión que no solo configuró un ámbito positivo e inalienable de decisión en cabeza de aquella, sino que además delimitó una esfera en la que resultan vedadas las injerencias de otras autoridades.

La competencia regulatoria expresamente atribuida por la ley a la CRC excluye la posibilidad de que otra autoridad, con independencia de su rango, pretenda rivalizar con ella en el ejercicio de esa competencia. La norma regulatoria en materia de TIC surge así como una norma subordinada a la Constitución, la ley, los decretos reglamentarios y la política gubernamental, pero dotada de un ámbito normativo propio, esto es, no residual. Por ende, resultaría contrario a la ley que el presidente de la República, en ejercicio de su competencia para reglamentar la ley, se tome atribuciones que no le corresponden y desborde la esfera de sus facultades adoptando decisiones de contenido regulatorio.

**PALABRAS CLAVE:** regulación, Administración pública, reglamento, fuentes del derecho.

## INTRODUCCIÓN

Mucho se habla en la actualidad de la regulación. La creciente importancia del llamado Estado regulador hace que el debate sobre sus dimensiones e implicaciones teóricas y prácticas esté permanentemente al orden del día. Ello es palpable en la ciencia jurídica administrativa, que desde hace años se interroga sobre la naturaleza de agencias regulatorias, el alcance de sus facultades, la base de su legitimidad o el trato que debe darse a sus mani-

---

\* Abogado y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: hector.santaella@uexternado.edu.co

festaciones normativas. Este escrito se ocupa de este último aspecto desde una perspectiva estrictamente dogmática jurídica. Su objetivo directo es exponer las razones por las cuales resulta adecuado reconocer la existencia de *una norma regulatoria propiamente* dicha como un tipo específico de los denominados reglamentos *intra legem*, es decir, como una especie del extenso género reglamento, y explorar sus implicaciones para el sistema de fuentes. Desde una perspectiva más remota, el artículo quiere subrayar la necesidad de indagar más a fondo sobre el reglamento, ese gran desconocido de nuestro derecho administrativo, y poner de relieve algunas particularidades de su funcionamiento en nuestro sistema jurídico actual.

Lejos de ser artificiosa o superflua, la distinción entre regulación y reglamento resulta útil, no para dissociar por completo a una de otra, pues dados los amplios contornos de la categoría reglamento, la regulación no es más que una de las muchas especies que admite (es decir, se encuentran ligadas por una relación indisoluble de género a especie), sino para tomar conciencia de la rica pluralidad de manifestaciones normativas que engloba la idea de reglamento, así como para ganar claridad sobre las peculiaridades que caracterizan a la regulación como producto normativo y sus no pocas implicaciones para el funcionamiento de nuestro sistema de fuentes.

Esto último, pese a ser cierto que, el reglamento se encuentra por regla general supeditado a la ley (salvo los contados casos de reglamentos *praeter legem* existentes por mandato constitucional) y que al interior del escalón reglamentario del sistema de fuentes, existen normas de superior jerarquía frente a la norma regulatoria (*perspectiva jerárquica*), no lo es menos, que **solo las manifestaciones normativas de la respectiva comisión pueden adoptar decisiones regulatorias**. El singular arreglo competencial sancionado por la Constitución y la ley así lo imponen, de manera que no cualquier norma reglamentaria se encuentra habilitada para adoptar determinaciones de esta clase (*perspectiva competencial*).

En últimas, como se verá, a pesar de su contenido esencialmente teleológico, orgánico y procedimental y, por tanto, desprovisto de una programación material de la regulación, por su peculiar reparto competencial, la ley 1341 de 2009 (en adelante LTIC) configuró este como un ámbito decisorio inalienable en cabeza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante CRC). Por tanto, y al ser expedida esta reglamentación en desarrollo de la reserva de ley que preside toda la materia de servicios públicos, no tolera eventuales desarrollos reglamentarios que usurpen las competencias que ella misma estableció en materia regulatoria a favor de la CRC, que desvirtúen o desnaturalicen el modelo sancionado. Esto implica que al delimitar de manera específica los ámbitos competenciales de la comisión de regulación y optar de forma resuelta por un esquema de regulación técnica e independiente, similar al previsto para los servicios públicos domiciliarios por la Ley 142 de 1994 (en adelante LSPD), pero más depurado (en tanto que se excluyó la dudosa y perturbadora figura de la delegación en las comisiones de regulación de las “facultades regulatorias” del presidente, entendidas como derivación del artículo 370 de la Constitución, contenida en el artículo 68 de la LSPD<sup>1</sup>), **como una garantía del modelo regulatorio establecido, el legislador**

---

1 Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las comisiones. El presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta ley.

configuró la regulación un tipo normativo específico y trazó una frontera nítida a la potestad reglamentaria del presidente y de los ministros, que de ninguna manera podrían, entonces, en virtud de sus poderes reglamentarios, ocuparse de asuntos relativos a la regulación de los servicios confiados (y reservados) por ley a dicho órgano.

En orden a verificar esta hipótesis, en primer lugar, se revisará el carácter de reglamento que se predica de la regulación en tanto que manifestación normativa de una autoridad administrativa, haciendo hincapié en las particularidades que la diferencian de otras variedades de este género (I), para pasar luego a explorar las implicaciones que tiene esta tipificación para su encuadre y operatividad al interior del sistema de fuentes (II); el escrito se cierra con algunas reflexiones finales sobre este asunto (III).

## I. LA REGULACIÓN COMO MANIFESTACIÓN NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Una mirada a la regulación dictada por la CRC desde la óptica del sistema de fuentes lleva a la conclusión inequívoca que, tal como está configurada en nuestro ordenamiento jurídico, ella no constituye un nuevo tipo de normas, por pertenecer al amplísimo género de los reglamentos (1.1). No obstante, basta reparar en algunas de las particularidades de su régimen para evidenciar que hay en ella importantes aspectos diferenciales, que permiten aislar o separar a estas manifestaciones normativas de la Administración del muy extenso y heterogéneo conjunto encapsulado por el género reglamento. De aquí que sea importante identificar esos aspectos diferenciadores (1.2), toda vez que, como se verá en la segunda parte de este escrito, de ellos se desprenden serias implicaciones para el funcionamiento de nuestro sistema de fuentes.

### I.1. LA REGULACIÓN: UNA ESPECIE DEL GÉNERO REGLAMENTO

El reglamento, tal como ha sido definido por la jurisprudencia administrativa, hace referencia al “conjunto normativo generador o regulador de situaciones jurídicas generales, impersonales o abstractas, proferido por aquellos órganos del Estado que no ejercen, desde el punto de vista formal, la función legislativa, sino que, por el contrario, constitucionalmente tienen asignado, primordialmente, el ejercicio de funciones administrativas”<sup>2</sup>. Es, entonces, una norma o regla de conducta (por ende, general y abstracta)<sup>3</sup> establecida por un órgano que ejerce funciones administrativas<sup>4</sup>.

---

Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones.

2 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008, Rad. n.º 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230).

3 BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*, trad. Jorge Guerrero (Bogotá: Temis, 1997), 3 y 130 y ss.

4 En concepto de Esteve Pardo, José, el reglamento “es la norma dictada por la Administración pública”. Cfr. ESTEVE PARDO, JOSÉ. *Lecciones de derecho administrativo*, 3.ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2013), 59. El carácter normativo (y, por ende, impersonal y abstracto) de esta manifestación de la Administración permite diferenciarlo de los actos administrativos. La distinción se funda en que esta última categoría engloba

El reglamento, como categoría jurídica reconocida por nuestra Constitución (artículos 122 y 123<sup>[5]</sup>), tiene un radio de cobertura muy extenso. Por la amplitud de sus contornos cobija a una pluralidad de productos normativos caracterizada por su heterogeneidad<sup>6</sup>. Así, la apertura de su concepto impone que puedan calificarse como reglamentos normas que tienen en común su origen administrativo y su carácter vinculante e infralegal, pero de procedencias muy diversas (presidente, Gobierno nacional, ministerios, organismos autónomos, entidades descentralizadas, entes territoriales, etc.), derivadas de procedimientos muy dispares (p. ej. los procedimientos de ordenanza departamental, acuerdo municipal, regulación general de la ANTV o el procedimiento administrativo abreviado, de solo publicidad previa a su expedición, impuesto por el artículo 8.8 del CPACA a los “proyectos específicos de regulación”), con distintas denominaciones (decretos, resoluciones, acuerdos de junta directiva, ordenanzas departamentales, acuerdos municipales, etc.), diferente posición en el sistema de fuentes (pues aun cuando todas se pueden ubicar en el mismo escalón, el del reglamento, este incluye normas sub o supraordenadas entre sí o con diferente rango jerárquico, como los reglamentos primarios o expedidos por el presidente de la República en virtud de lo dispuesto por el artículo 189.11 de la Constitución, y los secundarios, proferidos por los ministros en ejercicio de las facultades que les confiere el artículo 208 de la carta como jefes de la Administración en su respectiva dependencia<sup>7</sup>) y fines disímiles (en ocasiones se busca pormenorizar lo previsto en la ley o en un reglamento de primer orden para asegurar su cumplida ejecución<sup>8</sup>, en otras complementar o desarrollar lo previsto por la ley, o también, eventualmente, expresar en forma de una regulación *ex novo* la voluntad del órgano administrativo que detenta un cierto poder normativo). De aquí que bien pueda decirse que según esta concepción amplia del reglamento toda norma de rango inferior a la ley dictada por una autoridad gubernamental o administrativa cabe dentro de esta categoría<sup>9</sup>.

---

“decisiones o declaraciones administrativas que se agotan en sí mismos, en las concretas circunstancias que los envuelven y singularizan, aunque tengan una pluralidad de destinatarios y por tanto se trate de actos generales. // En cambio el reglamento pervive en ordenamiento y es susceptible de reiteradas y continuas aplicaciones a casos concretos. El reglamento no se agota en su primera aplicación, como los actos administrativos, y solo desaparece del ordenamiento mediante los mecanismos de derogación propios de las normas”. *Cfr. Ibid.*, p. 60.

- 5 Sobre la fundamentación jurídica de esta categoría en nuestro ordenamiento constitucional, ver SANTAELLA, HÉCTOR. Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta, en *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, ed. por ALBERTO MONTAÑA PLATA y ANDRÉS OSPINA GARZÓN (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 105 y ss.
- 6 GALÁN, ALFREDO. *La potestad normativa autónoma local* (Barcelona: Atelier, 2001), 26.
- 7 Vid., p. ej., la Sentencia C-805 de 2001 de la Corte Constitucional.
- 8 Siguiendo la terminología de la jurisprudencia administrativa, hago referencia a los reglamentos de primer orden para aludir a aquellos decretos expedidos por el presidente, que según ha sido admitido por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, pueden ser, a su vez, objeto de reglamentación por los despachos ministeriales responsables de su ejecución. *Cfr.* las Sentencias C-805 de 2001, C-917 de 2002, C-571 de 2003 o C-810 de 2014 de la Corte Constitucional, lo mismo que de la Sección Primera del Consejo de Estado, las Sentencias del 24 de agosto de 2000 (Rad. n.º 6096), 13 de septiembre de 2007 (Rad. n.º 11001-03-24-000-2002-00254-01) o del 29 de julio de 2010 (Rad. n.º 11001-03-24-000-2002-00249-01).
- 9 MELERO, EDUARDO. *Reglamento y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico* (Valladolid: Lex Nova, 2005), 91.

Sin perjuicio de las merecidas críticas que le ha granjeado al reglamento su notable extensión y heterogeneidad<sup>10</sup>, de las arduas exigencias de ulterior elaboración que eleva a la ciencia jurídico-administrativa la enorme diversidad de normas administrativas que alberga y de la urgente necesidad de tomar conciencia de los serios problemas que plantea (sus complejas relaciones con la ley, la difícil organización e interacción internormativa que se da al interior de esta categoría, sus procedimientos de expedición, las variantes que exige al control judicial la diversidad de reglamentos existentes, etc.), no hay duda que tanto desde una óptica dogmática como operativa esta categoría presta un servicio que resulta difícil discutir. Para el caso colombiano, al menos, imprime unidad a la pluralidad de referencias al reglamento que se encuentran dispersas en nuestra Constitución, brinda algunas luces sobre como ordenar la exuberante pluralidad de reglamentos que ofrece la realidad del ordenamiento nacional, proporciona criterios eficaces para limitar y racionalizar, a veces, indeterminadas potestades normativas de algunos entes administrativos y, como instrumento administrativo que es<sup>11</sup>, resulta útil para calibrar y comprender el grado de transformación de las funciones y de las responsabilidades (y, por ende, de las facultades) de la Administración en el marco constitucional vigente, provisto como está de fuerza vinculante y cargado de mandatos y encomiendas para las autoridades administrativas<sup>12</sup>.

Así, pues, al tener las comisiones de regulación, en general, y la CRC, en particular, el carácter de unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y estar adscritas al respectivo ministerio (artículos 69 LSPD y 19 LTIC), sus

---

10 Ver, p. ej., Galán, para quien “[e]l deseo de incluir el heterogéneo conjunto de normas que nos ocupa dentro de una única categoría obliga a tener que configurarla de una manera muy genérica. La consecuencia, como no puede ser de otro modo, es que esa categoría, así configurada, sólo estará en condiciones de indicar notas muy genéricas, y, en este sentido, de escasa utilidad, como el contenido propio del régimen jurídico común aplicable”. GALÁN, ALFREDO. *La potestad normativa...* Ob. Cit., pp. 33-34. En sentido igualmente crítico, alude a la “concepción hipertrofiada” de reglamento MELERO, EDUARDO. *Reglamentos y Loc. Cit.*, pp. 90 y ss. También crítico con la aproximación tradicional a los reglamentos. TOSCANO, J. Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 30 (2013), 5 y ss. Aunque con una perspectiva más descriptiva que analítica o crítica, en el derecho administrativo colombiano ha planteado la problemática heterogeneidad de los reglamentos. MONCADA, JUAN. *El reglamento como fuente de derecho en Colombia* (Bogotá: Temis, 2007), 80 y ss.

11 MAURER, HARTMUT. *Allgemeines Verwaltungsrecht* (München: Verlag C. H. Beck, 2009), 347.

12 En este contexto, y a propósito de la necesidad de superar la idea imperante en nuestro derecho administrativo según la cual el reglamento es siempre (y solo) una vía para asegurar la ejecución de la ley (*rectius* reglamento *secundum legem*), he señalado que es también “una forma de completar el ordenamiento jurídico y de programar normativamente la actuación de los agentes administrativos en un marco que asegure seguridad jurídica y la igualdad de las personas. En definitiva, de lo que se trata [eventualmente] es de posibilitar tanto la efectividad de la Constitución y de sus mandatos de actuación en defensa de los derechos fundamentales, como de asegurar la vigencia del Estado de Derecho y de garantizar a los ciudadanos la previsibilidad y certeza respecto de las actuaciones de las autoridades administrativas. Nada impide que este objetivo se pueda lograr también mediante la exigencia de vinculación y respeto a las normas expedidas por la Administración aun cuando carezcan de rango de la ley”. Cfr. SANTAELLA, HÉCTOR. *Del principio de legalidad...* Ob. Cit., pp. 107-108.

manifestaciones normativas, por emanar de una autoridad administrativa, tener fuerza vinculante y estar supeditadas a la ley<sup>13</sup>, tienen el carácter de reglamento<sup>14</sup>.

Ahora bien, como se verá enseñada, y como lo ha señalado la doctrina que ha resaltado los problemas de una categoría tan genérica como la de reglamento, poner esta etiqueta a un determinado producto normativo es decir muy poco sobre las particularidades del régimen jurídico de una norma administrativa<sup>15</sup>. De ahí que de cara a su comprensión adecuada resulte imperativo darle una mirada más detallada. Máxime cuando la evolución presente del reglamento nos enfrenta a la necesidad de reconocer que, además del clásico reglamento ejecutivo de la ley (reglamentos *secundum legem*), existen reglamentos que complementan o dan desarrollo pleno a la ley (reglamentos *intra legem*), y no simplemente la precisan o detallan en aspectos puntuales, y reglamentos independientes o autónomos (reglamentos *praeter legem*), no solo por disposición constitucional expresa, sino también en ausencia de una reserva legal sobre un tema específico para colmar un vacío normativo y asegurar el logro de un fin constitucionalmente impuesto, siempre que se dicte por una autoridad competente y no se desconozcan normas superiores (i. e. constitucionales o legales)<sup>16</sup>.

## 1.2. ASPECTOS DIFERENCIALES DE LA REGULACIÓN DE TIC COMO ESPECIE DEL GÉNERO REGLAMENTO

Si bien es cierto que la idea de reglamento nos brinda algunas luces para comprender la naturaleza, el papel que desempeña y los límites de la regulación dentro de nuestro sistema jurídico, no lo es menos que la generalidad del concepto y lo abigarrado de su contenido que ocultan detalles que son decisivos para el cabal entendimiento de lo que es y representa la regulación para el sistema de fuentes, en general, y para el sector de las TIC, en particular. Desde una perspectiva técnica jurídica rigurosa, entonces, quedarse en el solo dato de su carácter reglamentario es permanecer apenas en la superficie de un fenómeno normativo del interés y complejidad de la regulación. De aquí que resulte imperativo avanzar en la indagación de sus peculiaridades a efectos de establecer a qué tipo de reglamento corresponde (*¿secundum legem? ¿intra legem? ¿praeter legem?*) y cuáles son sus notas particulares. Solo la determinación precisa de estos aspectos posibilita una teorización ulterior clara y sólida sobre el posicionamiento específico de la regulación de redes y servicios de comunicaciones en el sistema de fuentes.

---

13 Ver la Sentencia C-1162 de 2000 de la Corte Constitucional.

14 MONTAÑA, ALBERTO. Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de servicios públicos, *Revista Contexto* (2002): 52. También MARÍN, HUGO. Norma regulatoria: ¿mito o realidad?, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 3 (2009): 58 y ss.

15 Así, p. ej., Galán, Alfredo. *La potestad normativa...* *Ob. Cit.*, pp. 33-34.

16 Sobre esta tipología de los reglamentos, ver GALLEGO, ALFREDO. *Materiales de derecho administrativo* (Madrid: S. E., 1996), 64 y ss. Estas condiciones para la existencia de reglamentos independientes derivados de la ausencia de reserva de ley en una materia y la necesidad de contar con un régimen jurídico para el cumplimiento de un fin constitucional, están desarrolladas en SANTAELLA, HÉCTOR. Del principio de legalidad... *Ob. Cit.*, pp. 108 y ss.

## I. 2. I. LA REGULACIÓN Y LOS TIPOS DE REGLAMENTOS

La identificación del tipo de reglamento al que pertenece la regulación puede hacerse en dos pasos: primero, descartar aquello que no es (*razonamiento por exclusión*), para luego corroborar su encaje dentro del tipo restante (*tipificación*). Así, por un lado, la regulación no corresponde a un reglamento *secundum legem*, porque la potestad reglamentaria de la ley es una responsabilidad privativa del presidente de la República (artículo 189.11 de la Constitución)<sup>17</sup> y porque la regulación conlleva un ámbito de discrecionalidad para fijar condiciones técnicas, económicas y administrativas referentes a la prestación de los servicios regulados que desborda los estrechos márgenes que encuadran el ejercicio de dicha potestad (la reglamentaria de la ley<sup>18</sup>). Por otro, no es tampoco un reglamento *praeter legem*, porque cuenta con un régimen legal expreso que la fundamenta y encuadra<sup>19</sup>. No puede olvidarse que los reglamentos autónomos, independientes o *praeter legem* son aquellos que se caracterizan, justamente, por no contar con soporte o base legal alguna, pues se expiden en ausencia de una ley previa que ejecutar o desarrollar. Por ende, abordan asuntos que carecen por completo de un referente legal, esto es, entrañan una “regulación administrativa *ex novo* de una materia, sin mandato, previsión o existencia de ley”<sup>20</sup>. Desde esta óptica

17 Así, p. ej., en la Sentencia del 30 de abril de 2009 (Rad. n.º 11001-0324-000-2004-00123-01), la Sección Primera del Consejo de Estado anuló una resolución de la CRA en la que se definían reglas para resolver los conflictos surgidos entre empresas por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, por considerar que entrañaba una usurpación de la función reglamentaria de la ley privativa del presidente de la República. Según lo expresado en dicha oportunidad, aunque la LSPD reviste a las comisiones de regulación de las potestades normativas necesarias para cumplir dicha función “en ningún momento les está atribuyendo la facultad para ejercer potestades reglamentarias en reemplazo del Presidente de la República. La facultad de regulación allí mencionada, ha de entenderse entonces en el sentido técnico-económico que se mencionó en las páginas precedentes, esto es, como potestad para promover la competencia, corregir las fallas del mercado y garantizar la libertad de empresa y la libre concurrencia, de conformidad con lo dispuesto en las normas constitucionales relativas a la intervención del Estado en el ámbito de los servicios públicos”. En sentido similar, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2008, Rad. n.º 11001-03-26-000-2001-0029-01 (20.409). En este pronunciamiento el Alto Tribunal declaró la nulidad de algunas disposiciones de una resolución de la CRA en la que se entraba a reglamentar la Ley 142 de 1994, excediéndose en el ámbito de sus competencias. Por esta razón se consideró que “tal desarrollo de la norma legal es propio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y no hace parte de las facultades y competencias atribuidas a las distintas comisiones de regulación”.

18 Sobre los límites de la potestad reglamentaria de la ley, que no puede modificar, adicionar, suprimir ni complementar lo dispuesto en la ley, ver, con abundantes referencias jurisprudenciales, BENAVIDES, JOSÉ. Gran fallo n.º 4. Potestad reglamentaria. Relación de dependencia frente a la ley reglamentada”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, editado por ANDRÉS OSPINA GARZÓN (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 89 y ss.

19 En mi concepto, la existencia de un reconocimiento legal expreso de esta facultad regulatoria resulta cierta a pesar de la apertura e indeterminación de la encomienda efectuada por los párrafos 2.º y 3.º del artículo 19 LTIC, según los cuales a la CRC le corresponde “regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad. Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley”. La vaguedad o amplitud de este marco legal no riñe con su consideración como fundamento legal suficiente para el desarrollo de la tarea normativa que le es confiada a este cuerpo.

20 GALLEGO, ALFREDO. *Materiales... Ob. Cit.*, p. 65.

negativa, entonces, la regulación de redes y servicios de comunicaciones a cargo de la CRC no puede más que calificarse como reglamento *intra legem*.

Ahora bien, un ejercicio de tipificación permite corroborar en positivo (es decir, ya no por descarte o exclusión) que la regulación se encuadra dentro de este último grupo de reglamentos, toda vez que presenta las notas características o definitorias de este tipo en particular. Así, si se parte de la base que los reglamentos *intra legem* son el instrumento para el desarrollo o complemento de la ley, antes que para su detalle, especificación o pormenorización<sup>21</sup>, no cabe duda de ello. Por ende, comportan un margen no despreciable de discrecionalidad en el ejercicio de la tarea que se les encomienda, debidamente acotado por el marco legal que la circunda y condiciona. De este modo, a pesar de gozar de un amplio espectro para la determinación de su contenido (esencialmente técnico), el alcance de los poderes normativos de esta clase de reglamentos está enteramente predeterminado por el legislador. Siendo esto así, no cabe duda que la regulación se inscribe dentro de este tipo de reglamentos. La amplitud con que legal y jurisprudencialmente se ha caracterizado a la regulación, lo mismo que el preciso marco legal y el programa regulatorio que representa la LTIC, así permite sostenerlo.

Ciertamente, por una parte, aunque la LTIC no define la regulación, la LSPD sí lo hace y brinda una referencia conceptual útil a los efectos de este trabajo. Según lo dispuesto por el artículo 14.18 LSPD, entendida como actividad administrativa, la regulación entraña la facultad “de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”. Comporta, entonces, una potestad normativa abierta, enmarcada por la Constitución y la ley, enderezada a un fin específico. Asimismo, la jurisprudencia administrativa ha descrito la regulación en sentido estricto como “la producción por parte de autoridades administrativas especializadas de reglas para el desarrollo de una actividad económica que por sus implicaciones para el interés general no puede confiarse solo a las leyes del libre mercado”<sup>22</sup>. Por otra parte, el legislador no solo precisó en la ley 1341 los ámbitos específicos en los cuales la CRC cuenta con facultad regulatoria (artículo 22), sino que además estableció en su artículo 19 que la razón de ser de las normas que así se expidan es incentivar la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la ley, y en el artículo 22.1 sancionó su compromiso con la maximización del bienestar social de los usuarios. Igualmente la jurisprudencia constitucional ha resaltado que “el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado”<sup>23</sup>. En suma, un juego de habilitación para la producción de normas esenciales para el óptimo funcionamiento del mercado regulado, por un lado, y limitaciones fijadas por el marco de los fines, procedimientos y condiciones establecidas por la Constitución, la

---

21 *Ibid.*

22 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 31 de julio de 2014. Rad. n.º 25000 23 24 000 2005 00654 01.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000.

ley, los decretos reglamentarios expedidos por el presidente de la República y las políticas que defina el gobierno para el respectivo sector, por otro. Todo ello, no hay duda, a la par que supone un marco bien definido para la toma de las decisiones regulatorias, envuelve un amplio margen de apreciación y desarrollo en cabeza de la autoridad regulatoria, que se concretará en las normas que dicte en ejercicio de las funciones regulatorias que le fueron encomendadas por el artículo 22 LTIC (numerales 1, 2, 3, 4, 5, 11, 12, 14 y 21). De aquí que no resulte aventurado tipificar a la regulación como un reglamento *intra legem*.

#### 1.2.2. LAS NOTAS DIFERENCIALES Y DEFINITORIAS DE LA REGULACIÓN COMO PECULIAR MANIFESTACIÓN NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

Definido el tipo de reglamento al que pertenece la regulación corresponde identificar sus rasgos definitorios o las particularidades sobre las que se sustenta su singularidad como manifestación normativa dentro del género reglamento y la especie de reglamento *intra legem*. La generalidad de cada una de estas categorías fuerza a realizar ulteriores ejercicios de singularización, que impidan que se acabe por ignorar u opacar diferencias relevantes dentro de las distintas figuras que integran cada una de estas familias. Según Larenz, uno de los aspectos centrales del tipo como instrumento metodológico es su flexibilidad. Por ende, a diferencia del concepto, que define y exige para su aplicación la verificación concreta en la figura examinada de **todas las notas distintivas de la definición**, una tipificación puede ser exitosa siempre que la realidad examinada “contenga todas las notas distintivas indicadas como irrenunciables”, es decir, “si las notas distintivas típicas están presentes en tal grado e intensidad que el hecho **en conjunto responde a imagen fenoménica del tipo**”<sup>24</sup>. En consecuencia, la identificación y conformación de un tipo y la integración a él de fenómenos precisos **no exige identidad plena entre las figuras concretas que de este modo se agrupan**. De aquí que al interior de un mismo tipo pueda no existir homogeneidad y quepan en él realidades diversas. Cuando, como sucede en este caso, las entidades que se reconducen a un tipo de reglamento presentan diferencias estimables entre sí, ellas deben ponerse de relieve; de suerte que se hagan visibles las distinciones más relevantes y sea posible, por esta vía, una comprensión más completa de la realidad específica que se analiza<sup>25</sup>. A pesar de las diferencias posibles, la identificación del tipo es útil por cuanto la sola calificación de una realidad como parte de él brinda respuestas a cuestiones que se pueden plantear respecto de la figura tipificada y cuya solución no resulta evidente de su régimen jurídico<sup>26</sup>. Es lo que ocurre en el caso que nos ocupa con la catalogación de la regulación como reglamento *intra legem*.

24 LARENZ, KARL. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2.ª edición (Barcelona: Ariel, 2001), 211.

25 Así, p. ej., pese a tratarse por igual de reglamentos *intra legem*, no hay que desgastarse en complejos análisis para evidenciar las diferencias patentes que existen entre la regulación en materia de TIC o servicios públicos domiciliarios, un POT expedido por un municipio en desarrollo de lo previsto por la Ley 388 de 1997 o el RAC proferido por la Aeronáutica Civil en virtud de lo dispuesto por el artículo 1782 del Código de Comercio.

26 RODRÍGUEZ, JOSÉ. *La Administración del Estado social* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 92.

Aunque el examen de la legislación no resulta aquí muy fructífero, el análisis que de la regulación han llevado a cabo la doctrina y la jurisprudencia ofrece algunas luces valiosas sobre estos aspectos particulares. En efecto, los análisis doctrinales y jurisprudenciales realizados permiten apreciar que la regulación tiene como una de sus principales características provenir de órganos muy especiales y ser producto de procedimientos igualmente singulares. En tanto que nueva actividad administrativa<sup>27</sup>, la regulación demanda a la Administración ajustes a sus clásicas formas de organización (ceñidas al modelo ministerial) y a sus tradicionales vías de toma de decisiones normativas (usualmente informales, por estar desprovistas de procesos legalmente instituidos y entrañar el ejercicio de una prerrogativa ejercida de manera general y abstracta). **La peculiaridad de la regulación como norma (no como actividad administrativa) podría resumirse entonces en su nexo indisoluble con unas estructuras organizativas y procedimentales cualificadas**<sup>28</sup>.

Ciertamente, pese a proceder de un órgano administrativo ordinario<sup>29</sup> (esto es, creado por el legislador y, por ende, no provisto de autonomía constitucionalmente garantizada, como la Banca Central o en su momento la Comisión Nacional de Televisión), la regulación en materia de TIC (como la de los servicios públicos domiciliarios) puede singularizarse desde la perspectiva de su organización de origen **a la vista de las particulares garantías de independencia política, especialización profesional y neutralidad técnica con que la ley ha dotado a la CRC**. No en balde el artículo 20 LTIC ha previsto que este ente estará conformado, además del Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (o el viceministro general como su delegado) y del director del Departamento Nacional de Planeación (o del subdirector como su delegado), por tres comisionados de dedicación exclusiva, con periodos fijos de cuatro años, que deben ser abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones o economistas, ser ciudadanos colombianos mayores de 30 años, tener título de pregrado y maestría o doctorado afines, contar con experiencia mínima relacionada de 8 años en el ejercicio profesional y no estar incurso en las causales de inhabilidad señaladas por el artículo 21 LTIC<sup>30</sup>. Tan especiales exigencias legales no han

27 Ver, en este volumen, el apartado I.1 del escrito de VARGAS, G. El control judicial de los actos regulatorios de servicios públicos de telecomunicaciones. En este mismo sentido, ver MONTERO, JUAN. La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 12 (2014): 28.

28 En contraste, autores como Montero, Juan. p. ej., califican la notable discrecionalidad de que goza la autoridad reguladora, como “el rasgo que definitivamente diferencia la actividad regulatoria de otras actividades tradicionales de la Administración”. Cfr. MONTERO, JUAN. La actividad *Loc. Cit.*, p. 31.

29 Según el artículo 19 de la LTIC la CRC tiene el carácter de Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

30 Artículo 21. Inhabilidades para ser Comisionado. No podrán ser expertos comisionados:

1. Los miembros de juntas o consejos directivos, representantes legales, funcionarios o empleados en cargos de dirección y confianza de los proveedores de redes y servicios de comunicaciones, y quienes lo hayan sido dentro del año anterior a la fecha de designación.

2. Las personas naturales que tengan participación en proveedores de redes y servicios de comunicaciones o en sociedades que tengan vinculación económica con estos.

3. El cónyuge, compañera o compañero permanente, o quienes se hallen en el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de cualquiera de las personas cobijadas por las causales previstas en los literales anteriores.

sido previstas para otras unidades administrativas especiales<sup>31</sup>. De este modo, si bien los comisionados son designados por el presidente de la República, el contar con un periodo fijo, tener un perfil técnico muy específico y ser mayoría al interior de la comisión les pone en una condición favorable para cumplir con su misión institucional de regular el sector en pro de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad.

Ello resulta acorde con algunas de las condiciones que autores como Chevallier han destacado como esenciales para el desarrollo de la actividad de regulación, tales como una postura neutral frente al juego económico y capacidad técnica de arbitraje de los intereses en presencia<sup>32</sup>. Coincide también con la idea ampliamente extendida de que se trata de una función que por estar en la zona de intersección entre el derecho, la política y la economía<sup>33</sup> debe cumplirse de manera neutral; máxime en un asunto tan técnico y especializado como las TIC. Por ende, la autoridad responsable debe ubicarse en un punto equidistante entre el Estado y la sociedad y contar con un régimen que asegure su sustracción del circuito burocrático y político que caracteriza tradicionalmente al Estado democrático de derecho<sup>34</sup>. No por otra razón se opta por la despolitización de los cargos (*rectius* no libre nombramiento y remoción, pese a las implicaciones políticas de la función ejercida) y la incorporación de expertos capaces de cumplir con las diferentes funciones encomendadas (dictar normas, resolver disputas, gestionar información, programar y ejecutar intervenciones puntuales, etc.) al margen de los lineamientos y las preferencias de la política gubernamental y de adaptarse y reaccionar técnicamente a los retos que eventualmente deban afrontar<sup>35</sup>. Las agencias

- 
4. Los comisionados y funcionarios o empleados en cargos de dirección y confianza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones no podrán, dentro del año siguiente a la dejación del cargo, ser accionistas o socios en un porcentaje superior al quince por ciento (15%) de empresas proveedoras de redes y servicios de comunicaciones, ni ser miembros de juntas o consejos directivos, ni representantes legales, ni funcionarios o empleados en cargos de dirección y confianza de los proveedores de redes y servicios de comunicaciones.
- 31 Han nacido con el carácter de Unidades Administrativas Especiales, entre otros, el Servicio Nacional de Pruebas (Decreto 81 de 1980), los Colegios Mayores (Decreto 83 de 1980), el Centro Universitario Militar Nueva Granada (Decreto 84 de 1980) y la Comisión Nacional de Valores (Decreto 831 de 1980). Sobre el origen y sentido de esta figura en el Derecho de Organización en Colombia, ver SARRIA, C. ¿Las agencias son Unidades Administrativas Especiales?, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13 (2015): 239 y ss.
- 32 CHEVALLIER, JACQUES. *El Estado postmoderno*, trad. Oswaldo Pérez (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 109. A estas condiciones, este autor añade el desarrollo de una acción continua que haga posible el cumplimiento de sus fines y el contar con un repertorio amplio de instrumentos de intervención adaptable a la complejidad de las diversas situaciones que han de enfrentarse. *Cfr. Ibid.* En sentido similar, ver la Sentencia C-150 de 2003.
- 33 Así, p. ej., FEINTUCK, MIKE. Regulatory rationales beyond the economic: in the search of public interest, en *The Oxford Handbook of Regulation*, editado por ROBERT BALDWIN, MARTIN CAVE y MARTIN LODGE (Oxford: Oxford University Press, 2010), 54.
- 34 ESTEVE, JOSÉ. *Autoregulación. Génesis y efectos* (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), 46-47. En sentido similar, PIMIENTO, J. La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 9 (2013), 18. Un planteamiento análogo, también, en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad. n.º 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230).
- 35 *Vid.* MALARET, ELISENDA. Regulación económica, autoridades independientes y transparencia, en *Ordenación y transparencia económica en el derecho público y privado*, editado por Ricardo García Macho (Madrid: Marcial Pons, 2014), 133 y ss.

reguladoras, como señalan Baldwin y Cave, son cuerpos que actúan en representación del gobierno sin ser parte de su estructura política central<sup>36</sup>. En ello radica parte de su éxito dentro de las economías de mercado, que han hecho de su proliferación generalizada una de las notas características del derecho de los servicios públicos en los ordenamientos de tradición continental durante los últimos treinta años<sup>37</sup>.

Como resaltan estos últimos autores, una razón para la transición hacia las denominadas autoridades independientes ha sido la necesidad de llevar determinados asuntos fuera del juego político de los partidos políticos, bien para asegurar la continuidad de las políticas en el largo plazo, bien para garantizar la objetividad en la adjudicación de derechos esenciales para participar en un determinado mercado<sup>38</sup>. Además, se parte del supuesto que las agencias pueden ser menos inclinadas que los ministerios a interferir en los asuntos del día a día de las empresas, así como en decisiones que son propiamente empresariales. Igualmente importante resulta el carácter especializado de quienes conforman las agencias reguladoras. En criterio de estos autores se podría dudar de que un departamento gubernamental convencional pudiera ofrecer los mismos niveles de eficiencia y experticia en un tema como lo hacen estos cuerpos, específicamente consagrados a la tarea de regular un mercado (con todo lo que ello implica, en términos de actividades por desarrollar<sup>39</sup>) del que son conocedores profundos. Por último, resalta, allí donde el régimen de regulación por una agencia especializada responde a la presión social por algún hecho ocurrido o circunstancia propia del mercado (como podría ser el caso de las TIC), el recurso que estas organizaciones proyecta, un mayor compromiso y seriedad<sup>40</sup>. Todas estas razones justifican y singularizan el carácter independiente de la CRC, pese a que su carácter de unidad administrativa especial sin personería jurídica no represente, en principio, peculiaridad alguna.

---

36 BALDWIN, ROBERT y MARTIN CAVE. *Understanding regulation. Theory, strategy and practice* (Nueva York: Oxford University Press, 1999), 69.

37 CAILLOSSE, JACQUES. *L'État du droit administratif* (París: LGDJ, 2015), 63.

38 BALDWIN, ROBERT y MARTIN CAVE. *Understanding regulation Loc. Cit.*, p. 69.

39 Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, “[d]adas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten 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 dentro 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. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin”. *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003.

40 BALDWIN, ROBERT y MARTIN CAVE. *Understanding regulation... Loc. Cit.*, p. 69.

Por otra parte, también desde la óptica de los procedimientos que aplica la CRC se encuentran particularidades que permiten diferenciar a la regulación de TIC (igual que a la de servicios públicos domiciliarios o de TV) de otros reglamentos *intra legem* de nuestro derecho administrativo. En efecto, sus procedimientos administrativos abiertos, deliberativos y relativamente complejos resultan singulares para el ejercicio de la potestad normativa de la Administración. No se trata solo de su sujeción plena a lo previsto de forma genérica por el artículo 8.8 del CPACA, según el cual los entes administrativos que toman decisiones regulatorias deben tener siempre a disposición del público, “[l]os proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas”, señalar el plazo dentro del cual se pueden presentar observaciones y valorarlas de manera autónoma a la luz de lo que mejor sirva mejor al interés general. De modo específico la CRC debe someterse a lo prescrito por el título 13 del Decreto 1078 de 2015, en el que se definen las “Reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las Comisiones de Regulación”<sup>41</sup>. Así, pues, no solo le corresponde definir una agenda regulatoria anual, cuya modificación debe ser informada y justificada (artículos 2.2.13.2.1 y 2.2.13.2.2) para expedir resoluciones de carácter general debe también realizar los análisis técnicos, económicos y legales pertinentes (artículo 2.2.13.3.1), y hacer públicos en su página web, con antelación no inferior a 30 días a la fecha de su expedición, todos los proyectos que se pretenda adoptar, excepto los relativos a fórmulas tarifarias<sup>42</sup> (artículo 2.2.13.3.2). Los operadores, los usuarios, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliados para todos los temas y la Superintendencia de Industria y Comercio en lo que concierne a la prevención y control de prácticas comerciales restrictivas de la competencia pueden remitir observaciones o sugerencias frente a la propuesta divulgada. Las observaciones, reparos o sugerencias podrán formularse dentro del término señalado por la CRC, que no podrá ser menor a 10 días hábiles, contados a partir de la fecha en que se haga público el proyecto de regulación. La comisión debe elaborar un documento final con las razones por las cuales se aceptan o rechazan las propuestas formuladas. Además, cuando se expidan las resoluciones, en la parte motiva se debe hacer mención del documento en el cual se revisaron los comentarios recibidos y expusieron las razones para aceptar o desechar las observaciones, reparos y sugerencias que no se hayan incorporado (artículo 2.2.13.3.3).

Se trata, sin duda, de un **arreglo procedimental que**, en conjunto con las características especiales de la organización ya denotadas, **singulariza esta clase de reglamentos, por cuanto apunta a la promoción de espacios de interacción intersubjetiva esenciales para el logro de los cometidos inherentes a la regulación**. Como señala Schmidt-Assmann, “[e]l procedimiento sirve para dar una estructura a los múltiples contactos que se producen entre la Administración y los ciudadanos o entre distintas unidades administrativas, al integrarlos en un sistema de actuación”<sup>43</sup>. Además, es sabido que las

41 Este título recoge las normas contenidas en el Decreto 2696 de 2004, “por el cual se definen las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación”.

42 En este caso debe seguir el procedimiento previsto en los artículos 124 a 127 de 18 Ley 142 de 1994, reglamentado en el artículo 2.2.13.3.4 del Decreto 1078 de 2015.

43 Schmidt-Assmann, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid: INAP - Marcial Pons, 2003), 358.

características de un procedimiento inciden tanto en la calidad de la decisión (por la calidad y cantidad de información que proporciona al órgano decisorio, lo mismo que por las condiciones que define para su procesamiento) como en su legitimidad (en la medida que, procesalmente hablando, ello depende de las oportunidades de participación de quien resulta afectado por la decisión)<sup>44</sup>; aspectos decisivos dentro del discurso global de la regulación.

Con todo, en este caso, dado el carácter apolítico del órgano, la complejidad y tecnicismo de sus determinaciones, la dirección esencialmente teleológica (por oposición a la clásica programación material mediante normas de tipo condicional hipotético<sup>45</sup>) que hizo la ley de las decisiones del regulador y la abultada confluencia de intereses de todo tipo (usuarios, empresas, gobierno, grupos de interés, etc.) en el ámbito de la regulación de TIC, la estructura procedimental definida tiene unos fines más ambiciosos: busca brindar una oportunidad para la identificación y defensa de la multitud de intereses o derechos en juego; imprimir legitimidad a decisiones que son técnicas, pero que poseen claras implicaciones políticas (en últimas, reconocen derechos a unos e imponen cargas a otros, lo cual origina siempre ganadores y perdedores<sup>46</sup>) y, por ende, cuentan con una especial exigencia de legitimación; asegurar condiciones discursivas propicias para el cumplimiento de las directivas establecidas por la ley<sup>47</sup>; y procurar a la autoridad regulatoria toda la información relevante disponible procedente de diversos sujetos (públicos y privados) para adoptar una decisión acertada<sup>48</sup>. Por un lado, el procedimiento busca facilitar el reconocimiento y defensa de los derechos e intereses afectados como presupuesto para su ponderación efectiva; por otro, favorece un debate público abierto y transparente entre actores públicos y privados sobre asuntos de interés general, asimismo, impone un escenario apto para la mayor y más objetiva aplicación de las directivas legales y, por último, formaliza un canal para el flujo adecuado de información (fáctica, técnica y jurídica) hacia la Administración, de forma que su resolución se sustente, ojalá, en toda la información existente y disponible para que sea sometida a un análisis racional y público, como garantía de su imparcialidad<sup>49</sup>.

---

44 SCOTT, COLLIN. Standard setting in regulatory regimes, en *The Oxford Handbook of Regulation*, editado por ROBERT BALDWIN, MARTIN CAVE y MARTIN LODGE (Oxford: Oxford University Press, 2010), 112.

45 Destaca la importancia de la distinción entre la dirección de la actividad administrativa por medio de programas condicionales y por medio de programas finales RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J. *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 26-27.

46 Resalta este aspecto de las decisiones regulatorias YEUNG, K. The regulatory state, en *The Oxford Handbook of Regulation*, editado por ROBERT BALDWIN, MARTIN CAVE y MARTIN LODGE (Oxford: Oxford University Press, 2010), 77.

47 MUÑOZ, SANTIAGO. Los principios del derecho de la regulación: la actividad de las agencias y su control, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 20 (2009): 4.

48 En este sentido, para los procedimientos administrativos en el ámbito de la gestión del riesgo RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ. *Metodología del derecho... Ob. Cit.*, p. 53.

49 Aunque estas finalidades son esenciales para el procedimiento de toma de decisiones regulatorias o normativas, no son exclusivas de ellos. La configuración amplia que de los procedimientos administrativos en general ha hecho el artículo 1 del CPACA lleva a extender varios de estos objetivos a los clásicos procedimientos administrativos bilaterales y adversariales. Cfr. SANTAELLA, HÉCTOR. Comentario al artículo 1, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, editado por J. L. BENAVIDES, 2.ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 54-57.

La importancia de los procedimientos administrativos empleados se realza, además, si se tiene en cuenta que debido al carácter altamente técnico de las decisiones regulatorias y a la notable discrecionalidad con que cuentan estas autoridades, el control judicial de sus determinaciones posee un alcance limitado: suele centrarse en la fiscalización de los elementos reglados de la facultad (competencia, motivación, procedimiento, fin acorde con lo establecido en la ley y una decisión que material y ostensiblemente no desconozca lo previsto en normas superiores), siendo más débil o deferente con el control del elemento discrecional o técnico de la regulación expedida<sup>50</sup>. En estas condiciones, el sometimiento pleno al procedimiento definido se erige en un instrumento efectivo de control, orientado tanto a contrarrestar el amplio margen de apreciación de que gozan las entidades reguladoras (por medio de una injerencia sutil, por formal, pero significativa en términos de cómo incide y condiciona la voluntad del regulador), como a servir de contrapeso a la pérdida de intensidad del control judicial que se puede ejercer sobre sus determinaciones<sup>51</sup> (mediante la formalización rígida del proceso de formación de la decisión como elemento controlable, cuyo cumplimiento permite presumir que se contó con información completa y adecuada). La garantía constitucional del acceso a la administración de justicia y de la tutela judicial efectiva (artículo 229) impone la exigencia de una fiscalización jurisdiccional en los términos más sustanciales posibles para asegurar la validez y legitimidad de las decisiones regulatorias, de conformidad con los fines y estándares fijados por el legislador, así como con los principios y derechos sancionados por la Constitución. De aquí que, como señala Muñoz Machado, “[l]os procesos decisorios de las agencias tienen que facilitar el ejercicio de tal revisión judicial”<sup>52</sup>. Su funcionalidad para efectos de reforzar el control judicial es clara, como se refleja en la frecuencia con que, por ejemplo, el Consejo de Estado ha anulado resoluciones de la autoridad reguladora de TV, por incumplir lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 182 de 1995<sup>[53]</sup> en relación con el procedimiento a seguir para la adopción de los acuerdos regulatorios para este sector<sup>54</sup>.

---

50 Sobre el alcance limitado del control judicial del contencioso administrativo en materia de regulación, con un interesante análisis de casos, ver VARGAS, G. *El control judicial... Ob. Cit.*, toda la parte II del texto.

51 Así, Schmidt-Assmann, E. *La teoría general... Loc. Cit.*, pp. 364-365 y 381.

52 MUÑOZ, SANTIAGO. Los principios del derecho... *Ob. Cit.*, p. 4.

53 *Artículo 13. Procedimiento especial para la adopción de acuerdos.* Para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, deberá seguirse siempre el siguiente procedimiento:

- a) La Junta Directiva deberá comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propone reglamentar;
- b) Se concederá un término no mayor de dos (2) meses a los interesados, para que presenten las observaciones que consideren pertinentes sobre el tema materia de regulación;
- c) Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en la información disponible, se adoptará la reglamentación que se estime más conveniente;
- d) Dicha reglamentación será comunicada de la manera prevista por la Ley 58 (*sic*), de 1985 o en las normas que la modifiquen o sustituyan.

54 *Cfr.* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencias del 21 de septiembre de 2000, Rad. n.º 5426; 13 de mayo de 2010, Rad. n.º 11001-03-24-000-2004-00375-01 o 20 de octubre de 2011, Rad. n.º 11001-03-24-000-2004-00098-01. En sentido análogo ver, de la Sección Tercera de esta misma corporación, la Sentencia del 4 de octubre de 2007, Rad. n.º 11001-03-26-000-2004-00049-01.

En suma, debido a la actual demanda del sector TIC por una regulación técnica y eficiente, pero también legítima y neutral, no cabe duda que en cuanto al reglamento *intra legem*, las normas regulatorias, en este ámbito, pueden caracterizarse y singularizarse por los peculiares rasgos de independencia, especialidad y neutralidad que presenta el órgano responsable de su expedición y por el carácter abierto, participativo, deliberativo y complejo o estructurado en diferentes fases del procedimiento que debe ser aplicado en estos eventos. Ni todos los reglamentos *intra legem* cumplen con estas características, ni todos pueden definirse a partir de ellas.

## 2. LA REGULACIÓN EN LA ESCALA JERÁRQUICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Tipificada la regulación como un reglamento *intra legem* y vistas sus notas características y definitorias al interior de este heterogéneo grupo de manifestaciones normativas de la Administración, corresponde ahora definir el lugar que ocupan las normas regulatorias, así definidas, dentro de la jerarquía de nuestro sistema normativo (2.1), para luego derivar las principales consecuencias dogmáticas de su reconocimiento constitucional y legal y de su particular posicionamiento en la gradación normativa (2.2).

### 2.1. POSICIONAMIENTO DE LA REGULACIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES CON BASE EN EL CRITERIO JERÁRQUICO

El sistema jurídico no está conformado por un conjunto de normas yuxtapuestas unas a las otras. Habitualmente se ordena de conformidad con una escala jerárquica<sup>55</sup>. Se caracteriza entonces por establecer vínculos de supra y subordinación entre las normas que lo integran. Esto, debido a que, como señala Kelsen, una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, de manera que la primera representa la razón y condición de validez de la segunda. Así, “la norma que determina la creación de otra, es superior a esta, la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera”<sup>56</sup>. Esta organización jerárquica permite asegurar que la validez de una norma depende de su conformidad con lo prescrito en la Norma Fundamental, así como con lo dispuesto en las demás que se encuentran en los escalones superiores a ella. De este modo no solo se guarda la unidad y validez del sistema, sino que además se verifica la operatividad o el desarrollo concreto de principios esenciales de nuestro orden constitucional como el de separación de poderes, democrático, supremacía normativa y de legalidad.

El rango de una norma resulta útil para determinar su peso específico o concreto en caso de un conflicto internormativo, así como para definir si una norma procede de un poder originario o derivado<sup>57</sup>. De este modo, una norma es superior a otra cuando en

---

55 NINO, CARLOS. *Introducción al análisis del derecho*, 4.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1991), 153.

56 KELSEN, HANS. *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. E. García Maynes (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995), 146.

57 EHLERS, DIRK. *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, en *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Berlín: De Gruyter, 2005), 61.

caso de colisión entre ellas la primera se impone sobre la segunda (*lex superior derogat legi inferiori*). La superioridad jurídica de una norma envuelve un deber de acatamiento por parte de aquellas que se ubican en los grados inferiores del sistema<sup>58</sup>. Además, en tanto principio de estructuración del ordenamiento, permite diferenciar entre las normas constitucionales de las infraconstitucionales, y establecer entre estas las cadenas de validez que resultan de su desarrollo escalonado y jerárquico, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley.

Aunque la Constitución perfila los aspectos fundamentales de la jerarquía normativa de nuestro sistema, pues impone con total claridad su supremacía normativa (artículo 4) y sienta las bases fundamentales para el reconocimiento de la posición prevalente de las normas con rango de ley (artículos 114, 150 y 212 a 215), a las que se encuentran directamente subordinados los reglamentos dictados por el presidente para asegurar su cumplida ejecución (reglamentos ejecutivos o *secundum legem*, proferidos en virtud de lo previsto por el artículo 189.11 de la Constitución), no prevé explícitamente el orden de prelación entre los actos normativos emanados de la Administración y los proferidos por los entes autónomos e independientes<sup>59</sup>. Por esto, y por el abundante número de figuras que comprende, el escalón correspondiente al género reglamento ocupa un amplio espacio dentro de la ordenación jerárquica de las fuentes, sin que en su interior exista total claridad respecto de la forma como deben interactuar las diferentes especies de normas administrativas que agrupa esta categoría, salvo por lo atinente a los reglamentos ejecutivos, que por un criterio funcional (dar desarrollo a los pormenores no tenidos en cuenta por la ley) presiden *prima facie* este bloque<sup>60</sup>.

En estas condiciones, el carácter de reglamento *intra legem* que se predica de la regulación hace que su lugar dentro de la referida escala jerárquica esté por debajo de la Constitución, la ley y los reglamentos ejecutivos o *secundum legem*, y por encima de fuentes como los precedentes ordinarios y los contratos. Tal ha sido la postura expuesta por la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual el reconocimiento de la capacidad normativa de las comisiones de regulación no puede

equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable. Así, pues, los actos de regulación de las

58 RUIZ, MIGUEL. El principio de jerarquía normativa, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24 (1988): 149.

59 Así, Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

60 De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 2000, la ausencia de una ordenación constitucional expresa en relación con estas disposiciones puede suplirse a partir del reconocimiento de criterios como el orgánico y el material. Para la Corte, entonces, esta prelación podría definirse “de conformidad con un criterio orgánico, por la jerarquía de la autoridades que las profieren, ésta sí señalada por la Constitución; o de conformidad con un criterio material, atendiendo a su contenido, para indicar que aquellas normas que desarrollan o implementan otras, o las refieren a situaciones particulares, se someten a las que pretenden desarrollar”. Como se verá en el apartado siguiente, encuentro discutible esta postura por ignorar por completo el factor competencial previsto por la Constitución y desarrollado por el legislador en términos vinculantes para todos los operadores jurídicos y claramente estructurantes del sistema normativo.

comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el presidente y a las políticas que fije el Gobierno nacional en la respectiva área<sup>61</sup>.

Ahora bien, que la regulación en materia de TIC se encuentre subordinada a estas normas superiores no quiere decir, no obstante, que el ámbito decisorio encomendado por el legislador a la CRC pueda ser invadido a voluntad por el reglamento ejecutivo o por la política gubernamental en tanto que instancias decisorias superiores. Ello supondría una clara usurpación de sus competencias regulatorias legalmente reconocidas y, por ende, una actuación *ultra vires* susceptible de ser anulada por el contencioso administrativo. El solo dato de la superioridad de una norma sobre otra no permite determinar el alcance de los poderes jurídicos que se reconocen a un órgano de producción normativa y, en consecuencia, dice poco sobre los límites de su facultad normativa. El análisis de las competencias resulta, entonces, imperativo. En últimas, el reparto competencial supone una distribución horizontal de los diversos asuntos que pueden ser objeto de regulación, para lo cual “se asigna a determinadas normas la regulación de una serie de materias, determinándose ámbitos exclusivos para los cuales esas normas son competentes”<sup>62</sup>. Bajo esta perspectiva no cualquier norma puede ocuparse de cualquier materia en cualquier extensión o intensidad.

## 2.2. POSICIONAMIENTO DE LA REGULACIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES CON BASE EN EL CRITERIO DE COMPETENCIA E IMPLICACIONES DE ESTE ENCUADRE

En efecto, si bien es cierto que la superioridad jurídica de una norma sobre otras envuelve un deber de acatamiento por parte de aquellas que se ubican en los grados inferiores del sistema, también lo es que **este postulado debe matizarse a la luz de las exigencias de otro de los principios estructuradores de los ordenamientos jurídicos actuales: el principio de competencia**. No todas las relaciones internormativas están hoy gobernadas por el principio de jerarquía. La rigurosa ordenación piramidal de las normas que tanta claridad explicativa ofrece en cualquier curso de derecho se queda corta a la hora de describir la compleja riqueza de las relaciones internormativas en los sistemas jurídicos actuales, atestados como están de la más variada gama de competencias normativas en cabeza de una multitud de entes estatales. La proliferación de reglamentos de todo tipo, leyes de diversa clase, precedentes de distinto origen y la muy fuerte influencia de normas internacionales de variada procedencia y función en los ordenamientos internos no permiten que la perspectiva jerárquica de cuenta adecuada de lo que sucede al interior del sistema normativo<sup>63</sup>. Resulta esencial tomar en consideración el particular reparto del

61 Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000.

62 PECES, GREGORIO, EUSEBIO FERNÁNDEZ y RAFAEL DE ASÍS. *Curso de teoría del derecho*, 2.ª edición (Madrid: Marcial Pons, 2000), 195.

63 Como señalan Cordero y Aldunate, “[e]l principio de jerarquía responde de forma adecuada a las necesidades de un ordenamiento monocéntrico, en donde la producción normativa tiene como centro al Estado, que actúa a través de un número limitado de normas, fundamentalmente Ley y Reglamento”. CORDERO, EDUARDO y

poder llevado a cabo por la Constitución y la ley entre los diferentes órganos que integran el Estado. Tal distribución envuelve decisiones estructurales sobre el órgano y la forma (lo cual lleva implícito un procedimiento) que debe adoptar una determinación sobre una materia particular. En últimas, la atribución de competencias normativas a distintos entes públicos no solo lleva consigo la desconcentración del poder normativo y el reconocimiento de diferentes poderes en este frente; **implica también una delimitación concreta (horizontal, ya no vertical o jerárquica) de ámbitos funcionales**. De aquí que, para usar un lenguaje coloquial, una mirada válida al sistema normativo actual exige ponerse unas gafas 3D, que adicionen una tercera dimensión (profundidad en relación con el alcance de las competencias normativas) a la vieja pirámide normativa (concebida en tiempos de solo 2D).

En virtud de esta circunstancia, es preciso pasar de tener solo una comprensión estática del sistema jurídico a asumir también una concepción dinámica de este. Esto significa, en términos de Kelsen, que resulta imperativo dejar atrás la visión, imbuida de la reconstrucción jerárquica del ordenamiento, que parte de la hipotética posibilidad de deducir siempre el contenido de una norma de menor jerarquía del sentido de la norma más general, por lo cual “todas las normas particulares de ese sistema pueden obtenerse mediante una operación intelectual, es decir, gracias a una inferencia de lo general a lo particular”<sup>64</sup>, para en su lugar asumir que “el sistema de normas que llamamos orden jurídico, es un sistema de naturaleza dinámica”<sup>65</sup>. Por ende, “[u]na norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y solo por ello”<sup>66</sup>, y “[l]a norma fundamental de un orden jurídico positivo no es sino la regla básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas”<sup>67</sup>. El derecho se construye, así, no solo con base en la progresiva especificación de contenidos implícitos en las normas superiores, sino también a partir de habilitaciones normativas sucesivas que pueden suponer la encomienda expresa de ámbitos decisorios específicos e inalienables, a los que es inherente un margen apreciable de valoración y decisión autónoma. Ello dependerá del tipo de atribución o competencia que se efectúe en cada caso.

El principio de legalidad desempeña, entonces, un papel esencial en este escenario, ya que la validez de las normas, y de su ámbito normativo, depende enteramente de una habilitación previa por una norma superior de rango constitucional o legal. En un Estado de derecho, las normas que contienen las habilitaciones normativas son las normas de competencia. En ellas la Constitución o la ley distribuyen racionalmente la potestad de producción normativa entre los distintos órganos del Estado con un alcance determinado. En ocasiones esta atribución es amplia e indeterminada, como la competencia normativa del legislador en asuntos no sometidos a reserva de ley, en los cuales el legislador puede definir de manera autónoma la extensión y profundidad de su

---

EDUARDO ALDUNATE. *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno* (Santiago: Thomson Reuters, 2013), 39.

64 KELSEN, HANS. *Teoría general...* Ob. Cit., p. 132.

65 *Ibid.*, p. 133.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*, p. 134.

regulación de un determinado asunto. En otros eventos es más flexible, como ocurre con la potestad reglamentaria del presidente, cuyo ámbito normativo es accesorio y residual, en tanto se define en cada caso concreto por la ley reglamentada. Esto, pues, como ha señalado la jurisprudencia, “es inversamente proporcional a la extensión de la ley [...] ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa”<sup>68</sup>. En estos eventos, entonces, el límite resulta variable pero firme: el texto de la ley reglamentada. Por esto, ha dicho la jurisprudencia administrativa que el presidente de la República no puede, “so pretexto de reglamentarla, crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad”<sup>69</sup>. Además su misión es específica: detallar los aspectos de la ley necesitados de pormenorización para hacer viable su cumplida ejecución<sup>70</sup>.

Pero hay también competencias constitucionales o legalmente tasadas, definidas en términos estrictos y excluyentes de otras eventuales competencias residuales o accesorias. El caso de la competencia legislativa en el supuesto de normas que deben desarrollarse por medio de leyes marco es un buen ejemplo de ello. Por expreso mandato constitucional el legislador solo puede (y debe, por tratarse de asuntos con reserva de ley), en las materias referidas por el artículo 150.19 de la Constitución, dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para la definición de los regímenes particulares de cada una de esas materias<sup>71</sup>. La actuación del legislador en estos eventos no puede suponer nada más ni nada menos de lo que le ha señalado la Constitución. La Constitución también ha reconocido competencias normativas en cabeza de distintos entes administrativos (Consejo Superior de la Judicatura, entes territoriales, Banca Central o la extinta CNTV)

68 Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2004.

69 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencias del 15 de julio de 1994, Rad. 5393 y del 26 de agosto de 1994, Rad. 5312B. En igual sentido, entre otras, ver la Sentencia de la Sección Tercera, Subsección B, del 29 de agosto de 2013, Rad. 11001032600020050007600(32293), y el fallo del 21 de noviembre de 2013 de la Sección Primera, Rad. n.º 11001032400020120035000. También se ha destacado la importancia de la competencia y del respeto a los límites que fija el texto legal reglamentado, entre otras, en fallos de la Sección Primera del Consejo de Estado como la Sentencia del 29 de julio de 2010, Rad. 11001032400020020024901, del 19 de marzo de 1998, Rad. 11955; o del 28 de agosto de 1997, Rad. 12574.

70 Así, p. ej., Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 21 de noviembre de 2013, Rad. 11001032400020120035000; del 30 de agosto de 2012, Rad. 11001032400020060039800; del 7 de junio de 2012, Rad. 11001032400020070033300; o del 2 de septiembre de 2010, Rad. 11001032400020070026500 (todas de la Sección Primera del Consejo de Estado).

71 Según lo dispuesto por el artículo 150.19 de la Constitución, se regulan por medio de leyes marco el crédito público, el comercio exterior, el régimen de cambio internacional, el régimen de aduanas, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

que han sido defendidas por la jurisdicción ante eventuales invasiones por parte del reglamento<sup>72</sup> o de la ley<sup>73</sup>.

De la misma manera que la Constitución define estas competencias, también el legislador puede, en ejercicio de sus facultades normativas, establecer competencias de esta clase. Máxime en ámbitos con reserva de ley, en los cuales el constituyente impone “de una parte, un mandato al legislador de regulación de una materia y, de otra, una prohibición [a la Administración] de regulación reglamentaria sin habilitación legal”<sup>74</sup>. En ellos, como sucede en materia de servicios públicos, “el Legislador debe adoptar las decisiones que el Constituyente le ha confiado”<sup>75</sup>. Por ende, sus determinaciones gozan de una trascendencia especial, asociada a la existencia de un mandato constitucional para definir un aspecto crucial del sistema jurídico.

En estos eventos la Constitución o la ley prescriben que un determinado asunto solo puede ser decidido por un órgano en particular, no pudiendo este desentenderse de ello ni ser desplazado en su ejercicio por una autoridad diferente. Los principios de competencia y de legalidad así lo exigen.

La toma en consideración de este aspecto permite entender que cuando en desarrollo de dicha encomienda constitucional el legislador confió a la CRC la función de regulación del sector de TIC (artículos 19 y 22 LTIC) **configuró una competencia que expresamente (en positivo) delimita un ámbito decisorio a favor de este ente, e implícitamente (en negativo) traza unas barreras que excluyen de intervención en este campo a otras autoridades administrativas.** Por disposición legal, en desarrollo de la reserva legal vigente en esta materia (artículos 150.23 y 365 de Constitución), solo la CRC puede regular estos servicios en Colombia. Por ende, pese a su superioridad jerárquica, no podría el presidente de la República usurpar esta competencia y adoptar decisiones materialmente regulatorias por medio de un decreto reglamentario de la ley; tampoco podría proceder de este modo el ministro del ramo, en ejercicio de sus facultades reglamentarias de segundo orden. **El reconocimiento expreso de dicha competencia por el legislador obra como una barrera que protege ese ámbito decisorio y excluye posibles injerencias en esa materia específica.** Podrán incidir de otro modo, naturalmente, pero tendrán vedado adoptar decisiones que puedan catalogarse de regulatorias de estos servicios.

Como es lógico, al tratarse de una competencia legal y no constitucionalmente asignada, esta barrera no opera frente al legislador. No puede olvidarse que el modelo regulatorio

72 *Cfr.*, p. ej., Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 31 de marzo de 2011, Rad. n.º 11001-03-24-000-2006-00282-00, por medio de la cual se anula una disposición de un decreto reglamentario expedido por el presidente de la República, por encontrarlo contrario a las competencias de ordenación del transporte de los entes territoriales. También ilustra esta defensa de una competencia constitucionalmente asignada el fallo de 25 de febrero de 2009, Rad. n.º 11001-03-26-000-2002-00038-01, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a propósito de la supuesta nulidad de un acuerdo adoptado por la Junta Directiva de dicho órgano con presunto desconocimiento de lo previsto por la ley y un Decreto reglamentario del Gobierno al que teóricamente debía haberse sometido para definir unas tarifas, pero que en rigor resultó inaplicable por invadir esferas reservadas al poder decisorio de la CNTV.

73 *Vid.* Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 2004 en defensa de las competencias de la CNTV, o la Sentencia C-917 de 2002 amparando el ámbito decisorio de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

74 PAREJO, L. *Lecciones de... Ob. Cit.*, p. 98.

75 Corte Constitucional. Sentencia C-810 de 2014.

vigente en Colombia en materia de servicios públicos domiciliarios y telecomunicaciones es de origen legal. Y en virtud de la reserva de ley estatuida en este campo el Congreso cuenta con una amplia habilitación para reglamentar este asunto. Con todo, a diferencia de lo que ocurre con otros reglamentos administrativos técnicos u operativos, también subordinados a la Constitución, la ley y los decretos reglamentarios de la ley dictados por el presidente, que según ha expresado la jurisprudencia tienen un ámbito normativo completamente residual (en tanto solo pueden desarrollar aquellos asuntos que no hayan sido objeto de reglamentación por las normas superiores<sup>76</sup>), **la regulación en TIC cuenta con un ámbito decisorio explícitamente definido por el legislador, que debe ser respetado por el gobierno y las demás autoridades administrativas** con facultades normativas en este ramo. De aquí que puedan cuestionarse los análisis que concluyen que la regulación es inexistente como tipo normativo particular, pues en nada difiere de los reglamentos que expide la Administración en asuntos técnicos u operativos<sup>77</sup>. Su carácter **subordinado, pero no residual** permite refutar esa conclusión.

### 3. REFLEXIONES FINALES

Como se ha visto, la optimización de la función regulatoria a cargo de la CRC, con sus notas de independencia y tecnicismo, así como la delimitación efectiva de su ámbito decisorio, no supone forzosamente recurrir a expedientes foráneos complejos y de dudoso encaje constitucional en nuestro sistema, como la deslegalización de la función regulatoria. Tampoco debe causar alarma el hecho de haberse catalogado a este ente como una unidad administrativa especial, instalada en el seno de la Administración pública nacional y subordinada, por ende, a lo dispuesto en la Constitución, la ley, los reglamentos ejecutivos y las políticas gubernamentales en materia de TIC. Tal como ha sido expuesto, basta con advertir las serias implicaciones del reparto competencial efectuado por la Constitución y la ley en este campo para tomar conciencia de lo infundados de estos temores, anclados en una visión esencialmente jerárquica de nuestro ordenamiento, que no consulta su realidad actual. Sin duda ello impone el reto de determinar el alcance de “lo regulatorio” como presupuesto para la defensa de este ámbito competencial ante eventuales injerencias por parte del reglamento presidencial o de las políticas gubernamentales. Pero este es un asunto diferente.

La línea de argumentación seguida en este artículo no solo permite evidenciar la importancia de la reflexión sobre el reglamento como categoría genérica de nuestro sistema de fuentes, todavía necesitada de una indagación más profunda y sistemática; llama la atención sobre la necesidad de desprenderse de la perspectiva prevalentemente jerárquica con la que se aborda el estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia y doctrina, para explorar las implicaciones que tiene el principio de competencia en este y en otros ámbitos de nuestro ordenamiento. Y pone de manifiesto que la reserva legal de una materia no riñe con un desarrollo legal general que habilite a una autoridad especializada para que, vía reglamento *intra legem*, adopte las decisiones técnicas, eficientes y neutrales que requiere una determinada parte de la compleja realidad que vivimos.

---

76 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2001, C-917 de 2002 o C-810 de 2014.

77 A esta conclusión llega, p. ej., MARÍN, HUGO. Norma regulatoria... *Ob. Cit.*, pp. 53 y ss.

En últimas, el reglamento será siempre un instrumento que permita al legislador descargarse de la responsabilidad de ocuparse de asuntos que desbordan su capacidad (demasiado especializados y complejos) o desafían su técnica regulatoria (excesivamente dinámicos) y le impiden su reglamentación detallada, para permitirle centrarse en la definición de las principales decisiones políticas y jurídicas del asunto tratado, dejando los pormenores o las cuestiones especializadas en manos de la autoridad reglamentaria correspondiente<sup>78</sup>. Lo esencial en estos casos, naturalmente, es la definición de un marco legal lo suficientemente claro y completo que haga posible una dirección eficaz de la acción del órgano regulador (fines, procedimientos, aspectos orgánicos de los sujetos principales, estándares o criterios decisionales esenciales, etc.) y la previsión de diversos mecanismos de control eventuales de sus determinaciones. Negar que el legislador está habilitado para tomar esta clase de determinaciones y para perfilar así nuevos tipos de reglamento sería caer en la ingenuidad reducir todo el sistema de fuentes a la Constitución, algo que la exuberante realidad de nuestros reglamentos refuta y que nuestra Carta Constitucional, muy rica en coberturas y temas, no sostiene.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALDWIN, ROBERT y MARTIN CAVE. *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*. Nueva York: Oxford University Press, 1999.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. Gran fallo n.º 4. Potestad reglamentaria. Relación de dependencia frente a la ley reglamentada. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, editado por Andrés Ospina Garzón. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*. Traducido por Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1997.
- CAILLOSSE, JACQUES. *L'État du droit administratif*. París: LGDJ, 2015.
- CHEVALLIER, JACQUES. *El Estado postmoderno*. Traducido por Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- CORDERO, EDUARDO y EDUARDO ALDUNATE. *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters, 2013.
- EHLERS, DIRK. *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlín: De Gruyter, 2005.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ. *Autorregulación. Génesis y efectos*. Aranzadi: Cizur Menor, 2002.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ. *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- FEINTUCK, MIKE. Regulatory rationales beyond the economic: in the search of public interest. En *The Oxford Handbook of Regulation*, editado por Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge. Oxford: Oxford University Press, 2010.

---

78 EHLERS, DIRK. *Verwaltung und... Ob. Cit.*, p. 75.

- GALÁN GALÁN, ALFREDO. *La potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier, 2001.
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO. *Materiales de derecho administrativo*. Madrid: S. E., 1996.
- KELSEN, HANS. *Teoría general del derecho y del Estado*. Traducido por E. García Maynes. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- LARENZ, KARL. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2.ª edición. Barcelona: Ariel, 2001.
- MALARET, ELISENDA. Regulación económica, autoridades independientes y transparencia. En *Ordenación y transparencia económica en el derecho público y privado*, editado por Ricardo García Macho. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO. Norma regulatoria: ¿mito o realidad? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 3 (2009).
- MAURER, HARTMUT. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Munchen: Verlag C. H. Beck, 2009.
- MELERO ALONSO, EDUARDO. *Reglamento y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*. Valladolid: Lex Nova, 2005.
- MONCADA ZAPATA, JUAN. *El reglamento como fuente de derecho en Colombia*. Bogotá: Temis, 2007.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. Manifestaciones normativas de las comisiones de regulación de servicios públicos. *Revista Contexto* (2002).
- MONTERO PASCUAL, JUAN. La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 12 (2014).
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. Los principios del derecho de la regulación: la actividad de las agencias y su control. *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 20 (2009).
- NINO, CARLOS. *Introducción al análisis del derecho*. 4.ª edición. Barcelona: Ariel, 1991.
- PECES BARBA, GREGORIO, EUSEBIO FERNÁNDEZ y RAFAEL DE ASÍS. *Curso de teoría del derecho*. 2.ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN. La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 9 (2013).
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ. *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ. *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO. El principio de jerarquía normativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24 (1988).
- SANTAELLA QUINTELLA, HÉCTOR. Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. En *La*

*constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, editado por Alberto Montaña Plata y Andrés Ospina Garzón. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR. Comentario al artículo 1. En *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, editado por J. L. Benavides. 2.<sup>a</sup> edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: INAP - Marcial Pons, 2003.

SCOTT, COLLIN. Standard setting in regulatory regimes. En *The Oxford Handbook of Regulation*, editado por Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge. Oxford: Oxford University Press, 2010.

YEUNG, KAREN. The regulatory State. En *The Oxford Handbook of Regulation*, editado por Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge. Oxford: Oxford University Press, 2010