

GERMÁN BULA ESCOBAR*

*La creación de las agencias en la estructura de la Administración pública colombiana y su relación con las autoridades de regulación en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones***

SUMARIO

Introducción. 1. Del Estado interventor al Estado regulador. 1.1. Antecedentes. 1.2 Características generales del Estado regulador en materia de servicios públicos. 1.3. Régimen jurídico especial al que se someten los servicios públicos en el modelo Estado regulador. 1.4. Noción de regulación económica como actividad de intervención del Estado. 2. Las autoridades de regulación en la estructura de la Administración pública colombiana. El caso de las “comisiones” y “agencias” de regulación en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones. 2.1. Reglas generales de autoorganización administrativa. 2.2. Las comisiones de regulación de los servicios públicos. Diseño original. 2.3. La Ley 1341 de 2009: marco legal especial de intervención en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). 2.4. La Comisión de Regulación de Comunicaciones: naturaleza, composición y objeto. 2.4.1. Naturaleza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC). 2.4.2. Composición de la CRC. 2.4.3. Inhabilidades y prohibiciones especiales. 2.4.4. Objeto de la CRC. 2.4.5. Recursos propios para el ejercicio de la función de la CRC. 2.5. Agencia Nacional del Espectro (ANE). 2.5.1. Naturaleza jurídica. 2.5.2. Objeto de la ANE. 2.5.3. Estructura de la ANE. 2.5.4. Otros aspectos. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

La Constitución Política de 1991 sentó las bases de un *Estado regulador* en el cual los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico especial que fije el legislador. La libre iniciativa privada y la libertad de empresa son permitidas, sujetas a mayores límites legales que otras actividades o sectores económicos. La reserva legal en materia de servicios públicos no excluye la atribución de funciones de regulación a órganos especializados: (i) esas funciones no se agotan en la expedición de actos normativos ni tampoco se circunscriben a una modalidad específica de estos, y, (ii) el ejercicio de las competencias respectivas en todo caso ha de sujetarse a los lineamientos establecidos por el legislador.

* Abogado de la Universidad del Rosario, con Maestría en Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia y Maestría en Ciencia Política y Liderazgo Democrático del Instituto de Altos Estudios Europeos de Madrid, España. Se desempeñó como director de la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional de la Presidencia de la República, ministro de Educación Nacional, árbitro de la Cámara de Comercio, vicecontralor de la Contraloría General de la República y embajador en Venezuela. Actualmente, se desempeña como consejero de Estado de la Sala de Consulta y Servicio Civil y vicepresidente del Consejo de Estado. Correo electrónico: gbulascobar@yahoo.es

** Al momento de entrar en imprenta esta obra, se ha conocido la posible presentación de un Proyecto de Ley titulado *Nueva Ley General de Comunicaciones*, mediante la cual se pretende, entre otros aspectos, fusionar la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) y la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), para dar paso a “una única entidad de regulación convergente, la Autoridad de Regulación de Comunicaciones (ANRN)”. Dicha iniciativa se acompaña con las observaciones presentadas en este artículo, para lo cual resultará necesario enfatizar en el carácter técnico de sus miembros, alejados de agendas y actores políticos, así como en el expreso señalamiento de un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, tendiente a fortalecer la autonomía e imparcialidad de la agencia de regulación fusionada. Ver [<http://www.acis.org.co/portal/content/nuevo-proyecto-de-ley-de-telecomunicaciones-en-colombia-se-radicará-en-el-congreso>] y [<http://www.elnovosiglo.com.co/articulos/08-2017-piden-regulador-unico-de-comunicaciones>].

El modelo *Estado regulador* se caracteriza por la participación de autoridades especializadas encargadas de cumplir la función de regulación en el sector económico intervenido. Este artículo analizará la organización de las autoridades de regulación dentro de la estructura de la Administración pública colombiana (*regulación desde la perspectiva de la organización*), en particular en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como la irrupción de la tipología *agencias* como organismo regulador en ese sector. En particular subrayará cómo a pesar de los avances experimentados, la norma está en deuda con el modelo —de acuerdo con el derecho comparado— en términos de garantizar autonomía suficiente a las instituciones encargadas de la regulación.

PALABRAS CLAVE: regulación, regulación económica, organización administrativa, autoridades de regulación, comisiones de regulación, agencias de regulación, autonomía, carácter técnico.

INTRODUCCIÓN

A partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991 (CP) se evidenció la transición jurídica y política de un Estado de derecho a un Estado social de derecho. Al mismo tiempo —y en lo que algunos autores califican como una paradoja—, en materia económica, se sentaron las bases de un *Estado regulador* que paulatinamente dejó atrás el modelo de intervencionismo de Estado (con énfasis en el proteccionismo) establecido por las reformas constitucionales de 1936, 1945 y 1968.

La nueva Constitución subraya el derecho a la propiedad privada (CP, artículo 58), y la libertad económica sustentada en la libre iniciativa, la libertad de empresa y la libre competencia económica (CP, artículo 333). Por su parte, el Estado regulador se materializa en: i) la eliminación del monopolio estatal con excepción de los de arbitrio rentístico de licores y juegos de suerte y azar (CP, artículo 336); ii) el ejercicio por particulares de funciones públicas (CP, artículos 123 párr. 3 y 210 párr. 2); iii) la función estatal de evitar el abuso de la posición dominante en el mercado y las prácticas contrarias a la libre competencia (CP, artículo 333); iv) el fortalecimiento de las competencias administrativas de inspección, control y vigilancia sobre múltiples sectores económicos (CP, artículos 67; 80; 150-8; 189-21, 22, 24-26; 265; 335; 365, 370 y 372, entre otros; v) la liberalización del sector de los servicios públicos (CP, artículo 365) sin perjuicio de que, en cualquier caso, “*la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios*” se adelantará por parte del Estado, lo que implica la sujeción de tales servicios a un régimen jurídico especial (CP, artículo 365).

En la Constitución de 1991 la finalidad de la intervención del Estado ya no es la de proteger los intereses de determinados sectores económicos a través de salvaguardas o tratamientos especiales (*intervencionismo de Estado proteccionista*), sino la de eliminar las barreras que impiden o dificultan el acceso al mercado por parte de los competidores, evitar o corregir las *fallas del mercado*, y preservar la libre competencia de quienes concurren al mercado, como la vía conscientemente escogida por ser considerada la mejor en orden a incrementar la calidad de vida de los habitantes y proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos (*Estado regulador*).

Los nuevos paradigmas impulsan y son impulsados por el fenómeno de la *globalización* que irrumpe a finales del siglo XX. La transformación anotada conlleva en la práctica el

incremento de las potestades regulatorias del Estado bajo nuevas formas de actuación administrativa (*actividad de regulación*) que, a su vez, implican cambios en la realidad sistémica que conforma la estructura estatal; en particular involucra a autoridades administrativas especializadas encargadas de cumplir la función de regulación (*regulación* desde la perspectiva de la *organización*) a la que se someten los sujetos que participan en la prestación de servicios públicos. Dentro de tales autoridades estarían las conocidas en Colombia como *Comisiones de Regulación*.

De conformidad con lo expuesto, este artículo analizará la organización de las autoridades de regulación dentro de la estructura de la Administración pública colombiana (*regulación desde la perspectiva de la organización*), en particular en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como la irrupción de la tipología “agencias” como organismo regulador en ese sector.

I. DEL ESTADO INTERVENTOR AL ESTADO REGULADOR

I. I. ANTECEDENTES

El creciente intervencionismo de Estado que surge como respuesta política y económica a la *Gran Depresión* de 1929, da origen a la creación de agencias reguladoras particularmente en el caso de Estados Unidos¹. Sus características iniciales se reflejan fundamentalmente en su carácter de autoridad pública², la independencia frente al gobierno materializada en la imposibilidad de remoción por parte del presidente y periodos fijos para sus miembros directivos, así como en el otorgamiento de funciones de regulación (*cuasilegislativas*) tendientes a corregir fallas del mercado y funciones de resolución de conflictos técnicos y jurídicos (*cuasijudiciales*). Las agencias reguladoras independientes tienen un marcado carácter técnico dirigido al ejercicio imparcial y apolítico de sus funciones y a la continuidad en la formulación y ejecución de las políticas públicas (*public policy*) en el sector específico que les corresponde regular.

En nuestro país, el modelo liberal clásico que en su texto original estableció la Constitución Nacional de 1886 resultaba incompatible con el intervencionismo de Estado, lo que llevó a la necesidad de promover las reformas constitucionales de 1936, 1945 y, en especial, la de 1968. Estas reformas permiten la creación de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta, entidades que cumplen principalmente funciones relacionadas con los servicios públicos

1 A partir de 1930 nacen la Federal Power Commission (1930); Securities and Exchange Commission (1934); Federal Communications Commission (1934); National Labor Relations Board (1935) y Unites States Maritime Commission (1936), por solo citar unos casos. Con todo, los autores identifican a la poderosa Interstate Commerce Commission creada en 1887 como la precursora de las agencias independientes. Rojas, Gabriel. La administración por agencias independientes en Estados Unidos. *Revista Universitas* n.º 106.

2 En efecto, las agencias han sido consideradas en “buena medida como sinónimo de ‘autoridad de gobierno’, es decir como referente genérico de autoridad o entidad pública”. Graves (1950), tomado de 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): 27-43.

o de gestión industrial o comercial a nombre del Estado bajo un régimen de monopolio. En la estructura de la Administración pública colombiana no se conoció por entonces la tipología de “comisiones de regulación” ni mucho menos la de “agencias reguladoras”.

Pero como en ocasiones la historia es pendular, el modelo intervencionista se enfrentó a las tensiones políticas y económicas mundiales de finales de los sesenta y la década de los setenta, principalmente relacionados con el elevado gasto público (en buena medida militar para financiar la denominada *Guerra Fría*), la crisis del medio oriente y la consecuente alza en los precios del petróleo y en las tasas de interés —con consecuencias en América Latina en la “crisis de la deuda” y en la “década perdida” de los ochenta—, que llevaron a la emergencia de propuestas de retorno al liberalismo, vale decir un nuevo liberalismo o neoliberalismo, inicialmente estructurado por Milton Friedman y los “Chicago Boys” y, por último, puesto en práctica como un nuevo orden denominado *capitalismo regulador* por Margaret Thatcher en Reino Unido (1979-1990) y Ronald Reagan como presidente de Estados Unidos de América (1981-1988)³.

Entre otras propuestas (que giraban alrededor del “fundamentalismo de mercado”, hoy superado por la doctrina económica), el discurso del llamado Consenso de Washington propuso que el Estado traslade a manos de los particulares la gestión económica, en especial, la de los servicios públicos y la de las actividades industriales y comerciales que había asumido, para lo cual debía enajenar su propiedad accionaria y, en general, empeñarse en acciones de “privatización”. Al Estado le corresponde asumir a partir de ese momento, principalmente, la función de regulación en su noción primigenia de producción normativa aplicable a los sectores privatizados, aparejada a una de verificación (supervisión y sanción) del correspondiente sector regulado, lo que lleva a que se fortalezcan las potestades de las agencias regulatorias.

Por su parte, en América Latina se impulsan reformas económicas a gran escala promovidas por los organismos multilaterales de crédito, que pretendían resolver los problemas del modelo de sustitución de importaciones —crisis de endeudamiento e hiperinflación— a través de la liberalización de las economías nacionales y la integración de la economía de la región en los mercados globales. Estas reformas deben interpretarse, entonces, dentro del marco de cuatro características interrelacionadas, propias de la región: la crisis del antiguo modelo “desarrollista” (o proteccionista), la difusión generalizada de reformas económicas, el proceso de democratización y los problemas de consolidación del Estado⁴.

En Colombia, con ocasión de la Constitución de 1991, al tiempo que se pretende pasar de un Estado de derecho a un Estado social de derecho, se consagra el monopolio estatal como excepcional y se prevé que los particulares entren a colaborar con el cumplimiento de funciones que anteriormente eran privativas del Estado, bajo el concepto de economía de mercado y competencia. El cambio de modelo implica que el Estado no es prestador

3 “Ronald Reagan arrived at the White House in 1981 armed with a quixotic strategy for reducing the size and scope of the federal government and for closing the budget deficit. The President’s strategy required a massive reduction in taxes and, simultaneously, even greater reductions in expenditures”. TINGLE, MICHAEL. Privatization and the Reagan administration: ideology and application. 6 *Yale Law & Policy Rev.* 229, (1988).

4 JORDANA, JACINT y DAVID LEVI-FAUR. ¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. Documentos CIDOB serie: América Latina n.º 7. Barcelona: 2005.

directo de los servicios públicos sino regulador de estos (artículo 365 CP), sobre la base de considerar que, en principio, la Administración no debe asumir actividades que pueden ser desarrolladas de manera eficiente y ventajosa por el sector privado.

Los nuevos paradigmas son impulsados —aún más— con el fenómeno de la *globalización* que irrumpe a finales del siglo XX y se ha desarrollado activamente en los primeros cinco lustros del siglo XXI. En su componente económico, la *globalización* trae implicada la liberalización de los mercados y la creación de condiciones atractivas para que los flujos de capital superavitarios (generalmente provenientes del *Norte Global*) se trasladen de manera segura a las economías deficitarias (generalmente ubicadas en el *Sur Global*), lo que lleva a los Estados receptores a atender la “invitación” de modificar su organización administrativa para adaptarla a modelos “homogenizados” por entidades multilaterales o de cooperación internacional (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE))⁵, como son las denominadas *autoridades administrativas independientes* —también conocidas como *agencias reguladoras*—, que cumplen funciones de regulación.

1.2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL ESTADO REGULADOR EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

Como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁶ la Constitución Política de 1991 (CP) estableció que: i) los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y este debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional de conformidad con el régimen legal correspondiente; ii) los servicios públicos podrán suministrarse por el Estado de manera directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares, y, iii) en cualquier caso “*la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios*” se adelantará por parte del Estado (CP, artículo 365). En relación con las competencias, responsabilidades, cobertura, régimen tarifario, calidad y financiación de los servicios públicos domiciliarios, la Carta dispuso que serían fijados por la ley (CP, artículo 367), a la cual corresponde señalar el *régimen jurídico especial* que rige la actividad relacionada con los servicios públicos.

En consecuencia, puede afirmarse que constitucionalmente los servicios públicos tienen las siguientes características relevantes⁷:

a) Pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo aquel la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. La Constitución de 1991 cambió el modelo de la prestación de los servicios públicos: i) el Estado deja de ser gestor y, por tanto, prestador principal de tales servicios, para desempeñar un papel regulador; ii) los servicios públicos deben enmarcarse en un

5 Recuperado de [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/estudio-de-la-ocde-sobre-politicas-y-regulacion-de-telecomunicaciones-en-colombia_9789264209558-es#.V9HLLvnhCM8#page1].

6 Concepto 2236 de 2016.

7 Al efecto pueden consultarse, entre otras, la Sentencias T-578 de 1992, C-389 de 2002 y T-270 de 2004 de la Corte Constitucional.

ámbito de competencia en el cual participan particulares a quienes se les permite asumir la prestación de tales servicios, y, iii) si el Estado quiere participar en el mercado de prestación de los servicios públicos debe hacerlo en igualdad de condiciones con los particulares.

b) El servicio público domiciliario tiene un “punto terminal” que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios.

c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en el terreno operacional o fáctico, es decir, en concreto.

d) Estos servicios tienen una connotación eminentemente social en la medida en que inciden en el bienestar y en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, por lo que se espera que sean prestados en forma eficiente, en términos de cobertura, calidad y precio.

e) La razón de ser de los servicios públicos es el usuario, y su ineficiente prestación puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.

f) Los servicios públicos domiciliarios constituyen un asunto de Estado, pertenecen a la órbita de lo público y deben ser prestados a todos los habitantes (cobertura universal).

g) Su régimen tarifario debe tener en cuenta criterios de costo, solidaridad y redistribución del ingreso.

Las potestades de intervención que la Constitución ha señalado para los servicios públicos domiciliarios traen como consecuencia que el Estado desempeñe un papel activo en la regulación de la actividad de los prestadores (o proveedores) de tales servicios, los cuales estarán sometidos al régimen jurídico especial que para el efecto fije el legislador, aspecto que se desarrolla, a continuación.

1.3. RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL AL QUE SE SOMETEN LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL MODELO ESTADO REGULADOR

El contexto constitucional referido denota la voluntad del constituyente de que la actividad relacionada con la prestación de los servicios públicos se sujete a un régimen jurídico especial diferente al de cualquier otra actividad económica o empresarial, aspecto que ha sido reconocido de tiempo atrás por la Corte Constitucional⁸ y que fue reiterado en la sentencia C-186 de 2011. La síntesis de lo afirmado sobre dicho régimen especial se presenta así:

1) Los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos, en general, llevan aparejada la facultad de limitar las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación (restricciones a la autonomía de la voluntad privada). Esta facultad se desprende, a su vez, de la amplia libertad de configuración del legislador en materia económica, especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos, que se justifica en la medida en que va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos dentro del marco fijado por la ley.

8 Sentencia C-736 de 2007, oportunidad en la que manifestó que “los servicios públicos tendrán no solo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos”.

2) La reserva legal en materia de servicios públicos no excluye la atribución de funciones de regulación a órganos especializados, tales como las “comisiones de regulación”, respecto de las cuales vale la pena destacar: (i) esas funciones no se agotan en la expedición de actos normativos ni tampoco se circunscriben a una modalidad específica de estos, y, (ii) el ejercicio de las competencias respectivas en todo caso ha de sujetarse a los lineamientos establecidos por el legislador.

3) La intervención estatal en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de las libertades económicas no tiene que hacerse *directamente* en la ley de intervención, pues precisamente el artículo 334 constitucional señala que el Estado “intervendrá, por mandato de la ley [...] en los servicios públicos y privados”. En esa medida corresponde a la ley fijar el marco regulatorio y definir las finalidades, instrumentos y facultades de la regulación que se asignan al órgano competente (regulador), para que este, a su vez, realice materialmente la intervención.

Así las cosas, los instrumentos de intervención estatal en materia de servicios públicos son variados pueden comprender, entre otros, un régimen de autorización previa, facultades de regulación, facultades de inspección, control y vigilancia y potestades sancionatorias, por lo que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa son permitidas, pero dentro del ámbito que fije la ley y, en consecuencia, se sujetan a mayores límites que otras actividades o sectores económicos.

Teniendo en cuenta que en el modelo “Estado regulador” cobra especial importancia la participación de autoridades especializadas encargadas de cumplir la función de regulación en el sector económico intervenido. Se analizará, a continuación, la noción de regulación económica —de manera breve—, para luego precisar la naturaleza y características de las autoridades de regulación de los servicios públicos.

1.4. NOCIÓN DE REGULACIÓN ECONÓMICA COMO ACTIVIDAD DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Esta acepción ha sido propuesta por parte de la doctrina⁹, y también ha sido adoptada por la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

En un sentido mucho más estricto, la regulación socioeconómica dice relación con aquella intervención que realiza el Estado a través de autoridades específicamente concebidas para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica determinada, tal como acontece por ejemplo con la intervención que realiza el Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la cual responde a ciertos criterios técnicos y a las especificidades inherentes a su prestación y a su propia dinámica. En ese orden de ideas, la actividad sujeta a regulación reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado mismo en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está involucrado el disfrute efectivo de los derechos fundamentales e individuales y donde se impone la adopción de medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado [...].

9 “En términos generales puede decirse que la regulación económica se ha identificado comúnmente como una de las formas de intervención del Estado en la economía”. LIZARAZO, LILIANA y MARCELA ANZOLA. Regulación, autorregulación y desregulación, en *La regulación económica: tendencias y desafíos*, ed. por LILIANA LIZARAZO RODRÍGUEZ y MARCELA ANZOLA GIL (Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004), 12. En el mismo sentido, Lasheras, Miguel. *La regulación económica de los servicios públicos* (Ariel, 1999), 15.

Como bien se puede apreciar, bajo esta perspectiva el vocablo ‘regulación’ (puede) abarcar o comprender también, con mayor amplitud, la intervención orientada a corregir las ‘fallas del mercado’, categoría de la cual forman parte los actos de competencia desleal, las prácticas restrictivas de la libre competencia, los abusos de la posición dominante y el establecimiento de monopolios”¹⁰. (Paréntesis y subrayado fuera de texto).

En este contexto, a través de la regulación se busca corregir las *fallas del mercado*¹¹, garantizar la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos¹², alcanzar los fines del Estado¹³ y materializar los principios sociales¹⁴, como expresión de un modelo de Estado regulador y garante.

Así, se ha indicado que la regulación del Estado es necesaria para: i) controlar los precios en situaciones de monopolio; ii) informar a los consumidores; iii) garantizar un nivel básico o esencial de los servicios; iv) evitar un comportamiento anticompetitivo; v) proteger intereses vulnerables en los que el mercado no puede hacerlo; vi) asegurar una producción efectiva en la que los costos de transacción no permiten obtener economías de escala; vii) distribuir materias primas escasas; y viii) salvaguardar los intereses de futuras generaciones, entre otros¹⁵.

En la doctrina especializada la regulación, como modalidad de intervención del Estado en la economía, también

consiste en la supervisión del juego económico, estableciendo ciertas reglas e interviniendo de manera permanente para amortizar las tensiones, resolver los conflictos, asegurar el mantenimiento de un equilibrio general; mediante la regulación, el Estado no es un actor sino un árbitro del juego

10 Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01. Ver también, Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003.

11 “Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de ‘fallas del mercado’. En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los **órganos respectivos**, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones —además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó— se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad”. Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003. (Se resalta).

12 “La regulación constituye una manifestación de la intervención del Estado con el fin de orientar la actividad económica hacia los fines de interés general establecidos en la Constitución Política y la ley, lo cual conlleva (...) impedir que se presenten actos de competencia desleal, situaciones de abuso de posición dominante, restricciones a la libre competencia y el surgimiento de monopolios que desfiguran el interés general que orienta la prestación de los servicios públicos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00037-01(20691). También puede verse, Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2000, C-1162/00.

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01. Ver igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6637-01(6637).

14 Corte Constitucional. Sentencia C-150/03.

15 BALDWIN, ROBERT Y MARTIN CAVE. *Understanding regulation. Theory, strategy and practice* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

económico, limitándose a establecer las reglas de los operadores y esforzándose por armonizar sus acciones¹⁶. (Se resalta).

Esta intervención se vale de instrumentos o estrategias de diversa índole: control, incentivos (regulación tarifaria, subsidios), mecanismos de mercado, manejo de información y resolución de conflictos, entre otros, lo que conlleva en la práctica nuevas formas de actuación administrativa (*actividad de regulación*) que, a su vez, implican cambios en la realidad sistémica que conforman la estructura estatal. En particular, involucra a autoridades administrativas especializadas (*regulación* desde la perspectiva de la *organización*) encargadas de cumplir tal función en el sector económico intervenido.

De lo expuesto hasta el momento se extraen los siguientes aspectos que, a continuación, guiarán el análisis sobre las autoridades de regulación en el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones:

a) Es nota distintiva del modelo “Estado regulador”, la noción de regulación económica, actividad que tiene por finalidad esencial corregir las *fallas del mercado*, y garantizar la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos.

b) La actividad de regulación es administrativa y está sujeta al marco jurídico especial fijado por la ley.

c) La especialidad y finalidades de la actividad de regulación impactan la organización administrativa, toda vez que para la eficiencia y eficacia de la función se requiere contar con autoridades públicas específicamente concebidas que, bajo criterios técnicos y con un marco de acción flexible, puedan ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica regulada.

d) Dado el carácter técnico, los intereses económicos en juego y que la actividad de regulación implica no solo el ejercicio de una potestad normativa y de control y vigilancia (sancionatoria), sino también decidir controversias que surjan entre los actores del mercado (función de resolución de conflictos o “arbitral”), se debe asegurar la autonomía, independencia e imparcialidad de la autoridad de regulación, así como el marcado carácter técnico de sus miembros, con el fin de que estos no sean permeados por disputas políticas ni cooptados por los sujetos regulados (“captura del regulador”).

e) Para asegurar tal autonomía y carácter técnico, de manera concreta se identifican criterios por tener en cuenta en el diseño institucional de las autoridades de regulación, entre los que se destacan los siguientes: i) composición alejada de intereses políticos; ii) periodos fijos de permanencia en el cargo para sus directivos; iii) órganos de decisión plurales (colegiados); iv) requisitos exigentes de experiencia y logros académicos; v) carácter restrictivo de las causales de desvinculación; vi) régimen estricto de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses; y vii) recursos propios para el ejercicio de la función.

A continuación, se explicará la naturaleza, composición, características y régimen jurídico de las mencionadas autoridades de regulación, las cuales recibieron inicialmente la denominación de “Comisiones de Regulación” y más recientemente han sido nombradas como “agencias”.

16 CHEVALLIER, JACQUES. L'État post-moderne (París: LGDJ, 2004), 58.

2. LAS AUTORIDADES DE REGULACIÓN EN LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA. EL CASO DE LAS “COMISIONES” Y “AGENCIAS” DE REGULACIÓN EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

2.1. REGLAS GENERALES DE AUTO-ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La Constitución Política de 1991 menciona a las agencias estatales cuando establece las reglas en que opera la modalidad administrativa de delegación de funciones en el artículo 211, y es la única alusión constitucional sobre esos organismos o entidades. En cuanto a las denominadas “Comisiones de Regulación”, la Carta no hace mención alguna.

Debe acudirse entonces a los principios y reglas generales que rigen la estructura del Estado y, en particular, la de la Administración, para el ejercicio de las funciones encomendadas, así:

ARTÍCULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Por su parte, el artículo 115 al establecer la estructura básica de la Rama Ejecutiva dispone:

ARTÍCULO 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.

El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno [...].

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.

Como órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las funciones del Estado, la Constitución solo creó tres: el Banco de la República (artículo 371), la Comisión Nacional del Servicio Civil¹⁷ (artículo 130) y la ya extinta Comisión Nacional de Televisión (artículo 76), por lo que a juicio de la Corte Constitucional la característica de autonomía

17 Sobre el carácter de órgano constitucional autónomo e independiente de esta comisión puede verse la Sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional.

que se predique de los demás órganos del Estado para cumplir funciones de regulación solo tendrían fundamento en la ley¹⁸. Ni las “Comisiones de Regulación” ni las “*agencias estatales*” se encuentran mencionadas constitucionalmente dentro de la estructura básica de la Administración, ni dentro de la tipología de los organismos o entidades integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público recogida en su momento en la Ley 489 de 1998, “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Debe recordarse que los organismos y entidades públicos pertenecientes a la Rama Ejecutiva en el orden nacional únicamente pueden ser creados por el legislador, bien sea directamente por la propia ley o en virtud de autorización de esta, conforme al numeral 7 del artículo 150 CP:

Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...]

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y **otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica**; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. (Se resalta).

Esta regla se ratifica para el caso de las entidades descentralizadas nacionales en el artículo 210 CP, en cuanto prescribe:

Artículo 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser **creadas por ley o por autorización** de esta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. (Se resalta).

Como lo sostuvo la Sala de Consulta y el Servicio Civil en el concepto 2025, del 8 septiembre de 2011, la creación legal de una entidad descentralizada es una exigencia de la Constitución, puesto que una decisión de esta naturaleza, que altera la organización del Ejecutivo para aumentar su tamaño y comprometer en ello bienes o recursos públicos, es una decisión que no puede salir de la órbita de lo público ni ocurrir sin su consentimiento o su conocimiento. En otros términos, la *decisión política*¹⁹ de crear nuevos entes públicos

18 Ver Sentencia C-150 de 2003, apartado 4.1.1.3.

19 El legislador puede optar para satisfacer una necesidad pública, entre muchas posibles soluciones, crear o autorizar la creación de una persona jurídica pública; de manera que para adoptar esa decisión el Congreso

competente al legislador, única autoridad con capacidad jurídica para modificar la institucionalidad del Estado y comprometer en ese propósito recursos públicos.

Así, el acto de creación de entidades administrativas requiere del concurso coordinado de los poderes Legislativo y Ejecutivo. El Congreso de la República tiene el poder constitucional originario y exclusivo para crear, pero la iniciativa le está reservada al gobierno (art. 154, núm. 7 CP; ley 5 de 1992, artículo 142, núm. 2). Mirado el fenómeno desde otro ángulo, cuando el gobierno necesite y desee crear una entidad administrativa, requiere de ley o de la *autorización de esta*. Igualmente, es posible que el Congreso confiera facultades extraordinarias al presidente de la República para que con base en ellas dicte normas con fuerza de ley para la creación de tales entidades²⁰. Este fue el camino por el que optó el Gobierno nacional para la reforma administrativa de 2011 que se materializó con la expedición de la Ley 1444 de 2011 y los decretos extraordinarios dictados con base en las facultades allí otorgadas.

En cuanto al acto de creación, el citado numeral 7 del artículo 150 CP establece que deberá señalar los objetivos y la estructura orgánica del organismo o entidad de que se trate. En tal sentido, el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 precisa:

Artículo 50. Contenido de los actos de creación. La ley que disponga la **creación de un organismo o entidad administrativa** deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo **determinará el soporte presupuestal** de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos:

1. La denominación.
2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.
3. La sede.
4. La integración de su patrimonio.
5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y
6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados.

de la República, como órgano competente para el efecto, valora entre todas las opciones esta, que debe ser considerada como la óptima entre las analizadas.

20 En la Sentencia C-150/04 la Corte Constitucional expresó: “De conformidad con lo expuesto, el Congreso de la República está facultado para crear y suprimir **entidades y organismos públicos** del nivel nacional, de manera directa y a través de una ley ordinaria (art. 150-7). Igualmente, está autorizado por la Constitución Política para delegar en el Presidente de la República competencia para tomar aquel tipo de decisiones, evento en el cual deberán atenderse las condiciones fijadas en el artículo 150 numeral 10 superior. Es de resaltar que la Constitución consagra una cláusula de reserva de ley para la *creación* de **entidades y organismos** del orden nacional”. (Se resalta).

Parágrafo. Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y comerciales del Estado y **las sociedades de economía mixta** estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación. (Se resalta).

Lo expuesto es aplicable a todo tipo de organismos y entidades públicas, incluyendo las descentralizadas, por expreso mandato de los citados artículos 150-7 y 210 CP, así como de los artículos 68 y 69 de la Ley 489 de 1998:

Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, [...] y **las demás entidades creadas por la ley o con su autorización**, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de **autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.**

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, **en las leyes que las creen y determinen** su estructura orgánica y a sus estatutos internos. Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Acto seguido el artículo 69 dispone:

Artículo 69. Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley [...]. El proyecto respectivo deberá acompañarse del **estudio demostrativo** que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política. (Negrilla fuera de texto).

Por lo hasta aquí dicho puede, pues, afirmarse que para el ejercicio de la función de regulación del Estado, que es de naturaleza administrativa según se explicó en los capítulos iniciales de este trabajo, se pueden crear entidades u organismos que, en su carácter de autoridades públicas, conformarán la Rama Ejecutiva del poder público, bien sea en su sector central o descentralizado. El diseño institucional de las autoridades de regulación, su denominación (“comisiones de regulación”, “agencias” o el nombre que se les asigne), naturaleza y régimen jurídico (lo cual incluye régimen de personal, actos, contratos y presupuesto) deben ser señalados por la ley de su creación, por expresa disposición de la Constitución Política (artículo 150, n. 7) y la Ley 489 de 1998, artículo 50.

Sin perjuicio de su autonomía administrativa estarán sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la Administración al cual queden adscritas (ministerio o departamento administrativo), lo que descarta de plano que las “Comisiones de Regulación” creadas por la Ley 142 de 1994, o las “agencias” estatales colombianas creadas para el ejercicio de la función de regulación gocen de la característica de “independencia” que se le asigna a sus pares en el derecho comparado. A continuación, se confirmará este criterio y se confrontará si el diseño de tales comisiones o agencias observa las demás características que respecto de las autoridades de regulación se predicen en otros países avanzados en esa tradición.

2.2. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS²¹. DISEÑO ORIGINAL

La Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, norma expedida para fijar el régimen jurídico especial ordenado por la Constitución para tales servicios, organizó las conocidas “Comisiones de Regulación” bajo criterios que en principio se ampararían en la noción de *agencias reguladoras independientes* del derecho comparado.

En efecto, el artículo 68 de la Ley 142 le permitió al presidente de la República “delegar” en las comisiones de regulación de los servicios públicos las funciones a este encomendadas por el artículo 370 de la Constitución Política, así como los mandatos de dicha ley. El artículo 69 de la Ley 142 dispuso: “Organización y naturaleza. Créanse como **unidades administrativas especiales**, con **independencia** administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes **comisiones de regulación**”. (Se resalta).

Debe reiterarse que la función (*actividad*) de regulación de los servicios públicos es de naturaleza administrativa y, por ende, lo es también la actividad que cumplen los órganos de regulación. Con base en el artículo 209 CP²², el legislador puede optar porque esta se cumpla a través de la descentralización, la desconcentración o la delegación de funciones. La descentralización implica el ejercicio de una mayor autonomía (*personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial y técnica, Cfr. Artículo 68, Ley 489 de 1998*) frente al poder central; la desconcentración propone mediana autonomía para el ejercicio de las funciones desconcentradas y la delegación entraña una limitada autonomía, toda vez que depende de lo que el titular de la función estime procedente delegar, y de que puede —en ocasiones se entiende que *debe*— instruir al delegatario, y puede también en todos los casos reasumir la función y revocar los actos del delegatario, sobre el cual, en consecuencia, existe un verdadero control jerárquico.

El mecanismo escogido por el legislador, pues, fue la delegación de funciones en las comisiones de regulación, organismos que bajo la antigua tipología de unidades administrativas especiales **sin personería jurídica**²³ no hacen parte del sector descentralizado de la administración, por lo que su autonomía —ni hablar de independencia—, se encuentra por definición legal claramente limitada.

En efecto, a pesar de lo dicho por el citado artículo 69 de la Ley 142, tales comisiones no son “independientes”, comoquiera que las unidades administrativas especiales son “organismos creados por la ley, con la **autonomía** administrativa y financiera que aquélla les

21 Cfr. LAVERDE, JUAN. Agencias estatales: ¿crisis de identidad?, en *Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014).

22 “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La Administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

23 Conocidas, al menos, desde la época del Decreto Ley 1050 de 1968.

señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo”²⁴. Así, hacen parte del sector central de la administración (art. 38, numeral 1, literal e de la Ley 489 de 1998) y están sometidas a la dirección y orientación del ministro del ramo correspondiente (artículo 208 CP).

Además, el instrumento mediante el cual se cumplen concretamente las funciones por parte de las comisiones de regulación es la delegación de funciones que el presidente de la República hace en ellas, lo que implica que en cualquier tiempo puede reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo (artículo 12 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con el artículo 211 CP).

La influencia política es evidente en las comisiones organizadas por la Ley 142, si se tiene en cuenta que la conforman ministros y directores de departamento administrativo, servidores de libre nombramiento y remoción del presidente de la República y que concurren a formar el gobierno (artículos 115 y 208 CP). En cuanto al sector que ocupa la atención de este análisis, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se integraba de la siguiente manera²⁵:

- a) Por el ministro de Comunicaciones, quien la presidirá;
- b) Por el director del Departamento Nacional de Planeación;
- c) Por tres (3) expertos de dedicación exclusiva nombrados por el presidente de la República para periodos fijos de cuatro (4) años, no sometidos a las reglas de la carrera administrativa.

Los llamados “expertos comisionados de dedicación exclusiva” —único aspecto en que puede observarse cierto carácter técnico—, son nombrados por el presidente de la República por el término de cuatro años, lo que en principio les da estabilidad en el ejercicio del cargo. En todo caso, nótese que las normas de la Ley 142 no establecían requisitos de experiencia y estudios especiales para los expertos, asunto que quedaba a la discrecionalidad del presidente de la República.

En cuanto al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, la Ley 142 no aludía especialmente a ellos, motivo por el cual el régimen aplicable era el de la generalidad de servidores públicos. Lo mismo puede decirse respecto del manejo presupuestal de sus recursos, manejo sujeto a las normas generales del Estatuto Orgánico del Presupuesto para las unidades administrativas especiales.

Las razones expuestas permiten concluir que desde el punto de vista de la organización administrativa del Estado Colombiano, las comisiones de regulación de los servicios públicos creadas por Ley 142 de 1994, no corresponden exactamente a las “agencias reguladoras independientes” previstas en el derecho comparado.

24 Artículo 67 de la Ley 489 de 1998.

25 Decreto 2474 de 1999, modificado por el Decreto 2728 de 2012.

2.3. LA LEY 1341 DE 2009: MARCO LEGAL ESPECIAL DE INTERVENCIÓN EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (TIC)

La Ley 1341 de 2009, “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”²⁶, establece el marco especial de intervención del Estado en dichas materias, de conformidad con el siguiente objeto:

Artículo 1. Objeto. La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las **potestades del Estado** en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, **regulación**, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información. (Negritillas fuera de texto).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 2293 de 2016, interpretó dicho objeto y, en particular, lo relacionado con las potestades de regulación, aspectos que están sometidos a los principios orientadores previstos en el artículo 2 de la Ley 1341 y destaca lo siguiente:

i) Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de condiciones a todos los habitantes del territorio nacional.

ii) La libre competencia debe ser propiciada por el Estado en condiciones de igualdad y bajo precios de mercado.

iii) Debe atenderse a la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

iv) Debe procurarse el uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos.

Por su parte el artículo 4 de la Ley 1341 de 2009 señala los fines específicos de la intervención del Estado en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Entre otros, apunta a la protección de los derechos de los usuarios, la cobertura universal del servicio y la libre competencia, así como a la garantía de interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones.

Es claro que la Ley 1341 se propone acentuar la intervención en el sector de las TIC, ajustando el régimen jurídico especial aplicable y la regulación de la actividad a través de órganos administrativos especializados – Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante, CRC), para lo cual realizó ajustes a la antigua Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), según se explica, a continuación.

26 Publicada en el Diario Oficial 47.426 del 30 de julio de 2009.

2.4. LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES: NATURALEZA, COMPOSICIÓN Y OBJETO

2.4.1. NATURALEZA DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (CRC)

El artículo 19 de la Ley 1341 de 2009 dispuso que “La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

En tal sentido, es preciso reiterar las críticas realizadas en el numeral anterior, ya que las Unidades Administrativas Especiales no son la tipología idónea para replicar la independencia y autonomía de las *agencias reguladoras independientes* del derecho comparado, dada la manera en que desaprovechan una oportunidad para poner a tono la naturaleza jurídica de la CRC frente a tales agencias.

2.4.2. COMPOSICIÓN DE LA CRC

El artículo 20 de la Ley 1341 de 2009 fue modificado por el artículo 207 de la Ley 1753 de 2014^[27]. La CRC está compuesta en la actualidad por el ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o el viceministro general como su delegado, el director del Departamento Nacional de Planeación, o el subdirector como su delegado, y tres (3) comisionados de dedicación exclusiva para periodos de cuatro (4) años, no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa. Los comisionados son designados por el presidente de la República y pueden ser abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones, o economistas. En todo caso, al menos un comisionado deberá ser ingeniero. Los comisionados deben tener título de maestría o doctorado y experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional²⁸.

Evidentemente continúa la presencia de actores políticos como son los agentes directos del presidente de la República, en los términos expuestos anteriormente, aspecto para

27 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014–2018 *Todos por un nuevo país*”.

28 Además, según el artículo 207 de la Ley 1753, “los comisionados deben ser ciudadanos colombianos mayores de 30 años, con título de pregrado y maestría o doctorado afines, y con experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional.

Uno de los comisionados, en forma rotatoria, ejercerá las funciones de Director Ejecutivo de acuerdo con el reglamento interno, adoptado por la misma Comisión.

La Presidencia de la Sesión de CRC será ejercida por quien los miembros de la Comisión designen, y la misma podrá sesionar y decidir con la mayoría simple de sus miembros.

La CRC contará adicionalmente con una Coordinación Ejecutiva. La Dirección Ejecutiva y la Coordinación Ejecutiva, cumplirán sus funciones con el apoyo de grupos internos de trabajo, definidos en su reglamento interno”.

nada recomendable según lo enseñan las características generales que deben distinguir una agencia reguladora en el derecho comparado²⁹.

En lo que sí se advierte un avance es en lo correspondiente a los “expertos comisionados”; en efecto, se aprecia que ahora la conformación de la CRC corresponde a criterios multidisciplinarios, técnicos y a las especificidades técnicas inherentes al sector regulado, tanto en la experiencia como en los estudios exigidos. El perfil jurídico es uno de los que puede tenerse en cuenta, sin que el nominador esté obligado a nombrar abogados, mientras lo que sí se exige es la presencia de ingenieros.

Por último, si bien se señaló el periodo para el cual serán designados los “expertos comisionados”, quedó abierto el debate sobre la posibilidad de su desvinculación, toda vez que no hay norma especial que regule ese aspecto y, por lo mismo, siguen siendo de libre nombramiento y remoción del presidente de la República.

2.4.3. INHABILIDADES Y PROHIBICIONES ESPECIALES

El artículo 21 de la Ley 1341 de 2009 dispone:

Cita **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.
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 (15) por ciento 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.

29 “La principal deficiencia del marco actual es la falta de independencia del regulador (CRC) que, en muchos casos, actúa como una rama del gobierno responsable de la regulación de las telecomunicaciones. Aunque el gobierno actual se ha mostrado proactivo al facilitar la competencia y promover el proceso de liberalización, esta falta de independencia pone en duda la continuidad de dichas políticas. Las buenas prácticas en los países de la OCDE recomiendan separar formulación de políticas y regulación. Por lo tanto, el regulador debe disponer de potestad suficiente para llevar a cabo su función y mantenerse al margen del gobierno”. Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, sugiere que en relación con las autoridades de regulación un periodo de cuatro a seis años “se adecúa mejor a las exigencias del puesto”. Recuperado de [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/science-and-technology/estudio-de-la-ocde-sobre-politicas-y-regulacion-de-telecomunicaciones-en-colombia_9789264209558-es#page60].

En la normatividad original de la Ley 142 de 1994 se echaba de menos un régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses y prohibiciones de carácter especial para las comisiones de regulación. Con la Ley 1341 se avanza en lo primero, pero se omite regular las otras variables que quedan deferidas al régimen general de los servidores públicos.

En cuanto al numeral 4, objetivamente se aprecia que permitir una participación hasta del 15% en empresas proveedoras de redes y servicios de comunicaciones dentro del año siguiente a la dejación del cargo, no es un buen ejemplo de transparencia. Más que evitar los conflictos de interés parece promoverlos, ya que la posibilidad de participación permite la transferencia de información privilegiada a la empresa en la que el antiguo regulador actuará como nuevo accionista o socio, con un porcentaje de participación nada despreciable, con mayor razón en un sector en el que la transmisión del conocimiento es fundamental para el desarrollo de innovaciones y nuevos proyectos.

2.4.4. OBJETO DE LA CRC

De conformidad con el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, la CRC es el órgano encargado de

promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad. /Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley.

Es preciso recordar que el artículo 4 de la Ley 1341 establece los citados principios. Para los propósitos de este estudio se resaltan los siguientes:

i) Proteger los derechos de los usuarios velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios;

ii) Promover el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, teniendo como fin último el *servicio universal*;

iii) Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia³⁰;

iv) Promover la ampliación de la cobertura del servicio, y

v) Garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen tecnologías de la información y las comunicaciones.

30 En la discusión del proyecto en la Comisión Sexta de la Cámara, este principio es fundamental. Se observa que la ministra del ramo explicó que era necesario promover la inversión nacional y extranjera, garantizando la libre competencia, el acceso en igualdad de condiciones a las oportunidades, y aboliendo el poder monopólico, mediante medidas que deben ser garantizadas por el gobierno y el órgano regulador para evitar las posiciones dominantes que puedan obstruir con la entrada o la competencia en el mercado. Ver Gaceta de Congreso 69, jueves 28 de febrero de 2008, pp. 10 y 11.

En el concepto 2193 de 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo que aludir al servicio de tecnologías de la información y comunicaciones como uno de carácter “universal”, no puede ser un asunto aislado de la reforma introducida por la Ley 1341 de 2009, toda vez que fue objeto de especial consideración en el trámite legislativo³¹ y que, como lo había planteado esa Sala en el Concepto 2102 de 2012, no puede pasarse por alto que el usuario de las tecnologías de la información y las comunicaciones está inmerso en un mundo globalizado con multitud de ofertas que lo convierten en un consumidor especializado. Este consumidor demanda productos y servicios de calidad y actualizados que deben ser ofrecidos en las mejores condiciones por sus proveedores.

La noción *servicio universal* está vinculada a los *servicios de interés económico general* prevista en el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que supera la tradicional noción de “servicio público”. A juicio de Muñoz Machado el “servicio universal [...] alude a la obligación de los responsables de los servicios de telecomunicaciones, o de los servicios postales, de ofrecer unas prestaciones mínimas y de calidad en todo el ámbito territorial al que se extiende”³² el servicio correspondiente.

El objeto y los principios mencionados que resaltan el interés público en la prestación del servicio de telecomunicaciones bajo un régimen de regulación de la libre competencia y de protección de los derechos de los usuarios, se constituyen en un marco jurídico específico para el ejercicio de las funciones y competencias asignadas a la CRC que son un avance en relación con el ámbito y finalidad especializada que se espera de una autoridad de regulación³³.

2.4.5. RECURSOS PROPIOS PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE LA CRC

Contar con sus propios recursos es una de las características que identifican a las autoridades de regulación y tiene como propósito asegurar la autonomía respecto del poder político y del sector regulado. El artículo 24 de la Ley 1341 estableció:

31 Gaceta del Congreso 317, miércoles 4 de junio de 2008, p. 1.

32 *Ob. Cit.*, p. 564. Más adelante en la misma obra alude a una definición de la Comisión Europea que considera servicio universal “El conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tienen acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible”. *Ibid.*, p. 616.

33 Revisado el trámite legislativo del proyecto de Ley 112 de 2007 —Cámara— y 340 de 2008 —Senado—, que se convertiría en la Ley 1341 de 2009, se ratifica dicha conclusión. En efecto, en la Gaceta del Congreso n.º 934 del 12 de diciembre de 2008, se aprecia la ponencia que se presentó a la Comisión Sexta del Senado de la República (primer debate en Senado, tercero en el trámite legislativo) la cual incluye un cuadro de modificaciones. Sobre el artículo 19 se aprecia lo siguiente: “sobre la ‘Creación, naturaleza y objeto de la comisión de regulación de comunicaciones’, los cambios propuestos que consisten en calificar a la CRC como ‘órgano regulador’”, se justifican así: “Se propone precisar los artículos constitucionales con base en los cuales se desarrolla la actividad regulatoria de la Comisión como instrumento de intervención del Estado en la economía, en consonancia con los pronunciamientos jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional que así lo han señalado. / Adicionalmente, se reitera aún de manera más expresa el rol de regulador que ejerce la comisión dentro de la organización institucional misma del propio sector”. Gaceta del Congreso n.º 934 del 12 de diciembre de 2008, p. 19.

Artículo 24. Contribución a la CRC. Con el fin de recuperar los costos del servicio de las actividades de regulación que preste la Comisión de Regulación de Comunicaciones, todos los proveedores sometidos a la regulación de la Comisión, están sujetos al pago de una contribución anual hasta del uno por mil (0,1%), de sus ingresos brutos por la provisión de sus redes y servicios de telecomunicaciones, excluyendo terminales.

La norma transcrita es un avance para la autonomía de la CRC. En un sector tan dinámico y cada vez más importante para la vida social, los recursos que a título de contribución se trasladen a la CRC tenderán a aumentar, lo que le permitirá contar con buen soporte material para profundizar en su función reguladora.

2.5. AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO (ANE)

2.5.1. NATURALEZA JURÍDICA

Fue creada por el artículo 25 de la Ley 1341 de 2009, 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. No obstante, la naturaleza jurídica de la Agencia se modificó con la reforma administrativa de 2011. El Decreto Ley 4169 de 2011 señala que la ANE es “Unidad Administrativa Especial del orden nacional, **con personería jurídica**, autonomía técnica, administrativa, financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”. (Se resalta).

Así, esta entidad descentralizada del orden nacional, desde el punto de vista organizacional, cuenta a partir del citado decreto con una mayor autonomía, lo cual la asemeja en dicho aspecto a las agencias reguladoras que se tienen como modelo en el derecho comparado.

2.5.2. OBJETO DE LA ANE

De conformidad con el artículo 2 del Decreto Ley 4169, el objeto de la ANE es brindar soporte técnico para la gestión, planeación y ejercicio de la vigilancia y control del espectro radioeléctrico. Se trata de una autoridad con potestades públicas que ejerce labores de supervisión y sanción en relación con el uso del espectro radioeléctrico, en lo que se conoce como supervisión *ex post*, por lo que podrá adelantar investigaciones sobre posibles violaciones al régimen del espectro, imponer mediante acto administrativo sanciones pecuniarias (multas) y ordenar el cese de operaciones no autorizadas de redes, el decomiso provisional y definitivo de equipos y demás bienes utilizados para el efecto, y disponer su destino con arreglo a lo dispuesto en la ley, como funciones características.

Se aprecia entonces la especialidad de la función y su carácter complementario con el cumplimiento del marco regulatorio establecido para el sector, distinguiéndose claramente las funciones que corresponden a la autoridad de regulación *ex ante* (CRC, Mintic) y la función de control y vigilancia (regulación *ex post*) radicada en la ANE.

2.5.3. ESTRUCTURA DE LA ANE

La ANE cuenta con un director que es su representante legal, quien será nombrado por un **periodo fijo** de cuatro (4) años por el ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, reelegible por una sola vez (artículo 28, Ley 1341). Este diseño supera el usual en este tipo de organismos —el libre nombramiento y remoción en cabeza del Presidente de la República—, y significa entonces un avance en autonomía para el ejercicio de la función³⁴.

Además, el director de la ANE debe ser ciudadano colombiano mayor de treinta años, con título de pregrado y maestría o doctorado afines, y con experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional, condiciones que denotan la exigencia de idoneidad profesional para el ejercicio del cargo.

Por su parte, el artículo 27 de la Ley 1341 dispone que la ANE contará con un Consejo Directivo que será la instancia máxima para orientar sus acciones y hacer seguimiento al cumplimiento de sus fines. Dicho Consejo Directivo estará compuesto por:

- a) el ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, quien lo presidirá,
- b) el viceministro de las TIC, y
- c) el coordinador del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o quien haga sus veces.

Si bien el Consejo Directivo es un órgano colegiado que actúa como segunda instancia de las decisiones y actos administrativos proferidos por la Agencia Nacional del Espectro, lo cual permite una sede reflexiva de revisión de esas decisiones que va en la línea del debido proceso administrativo, lo cierto es que su composición con funcionarios del Gobierno le resta autonomía al criterio técnico y lo puede “contaminar” con posiciones políticas, deficiencia que ha sido sostenida en este escrito. Como se dice popularmente: “se borró con el codo lo que se hizo con la mano”, con mayor razón cuando el Consejo Directivo no puede sesionar sin la presencia del ministro o del viceministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, según el artículo 4 del Decreto 4169 de 2011^[35].

2.5.4. OTROS ASPECTOS

En su carácter de persona jurídica pública la ANE posee patrimonio y recursos propios, lo que le permite suficiencia material para el adecuado cumplimiento de sus funciones³⁶,

34 Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, sugiere que en relación con las autoridades de regulación un periodo de cuatro a seis años “se adecúa mejor a las exigencias del puesto”. Recuperado de [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/estudio-de-la-ocde-sobre-politicas-y-regulacion-de-telecomunicaciones-en-colombia_9789264209558-es#page60].

35 Según esta misma norma, el director de la Comisión de Regulación de Comunicaciones también participa en el consejo con voz, pero sin voto.

36 Decreto 4169 de 2011: “Artículo 6. Como consecuencia del cambio de naturaleza jurídica, los recursos de la Agencia Nacional del Espectro están constituidos por:

1. Los recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación.

aspecto que cumple con una de las características básicas de las autoridades de regulación en el derecho comparado.

En cuanto al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses ni la Ley 1341 de 2009 ni el Decreto Ley 4169 de 2011 aluden especialmente a ellos. Así, el régimen aplicable es el de la generalidad de servidores públicos, aspecto que constituye un retroceso para principios tales como la imparcialidad y el debido proceso sancionatorio, con mayor razón cuando el Consejo Directivo, en su condición de segunda instancia, es un órgano que exhibe preponderancia de lo político sobre lo técnico.

CONCLUSIONES

1. Los cambios acaecidos a partir de la tercera década del siglo XX, acentuados con el fenómeno de la *globalización* a finales de dicha centuria, apuntaron a la liberalización de los mercados y a la creación de condiciones atractivas para los flujos de capital superavitarios, lo que propició la modificación del modelo de Estado —de intervencionista a regulador—, paradigmas que invitaron a actualizar la organización administrativa estatal.

2. A parte de tales cambios, el Estado asume un papel activo en la regulación de la actividad económica, en particular respecto de los servicios públicos, los cuales estarán sometidos al régimen jurídico especial que para el efecto fije el legislador. En el modelo “Estado regulador” cobra especial importancia la participación de autoridades especializadas encargadas de cumplir la función de regulación económica en el sector intervenido.

3. Para asegurar la eficiencia y eficacia de la función de regulación se requiere contar con autoridades públicas específicamente concebidas que, bajo criterios técnicos y con un marco de acción flexible, puedan ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica regulada.

4. Dado el carácter técnico, los intereses económicos en juego y que la actividad de regulación implica no solo ejercer una potestad normativa y de control y vigilancia (sancionatoria), sino también decidir controversias que surjan entre los actores del mercado (función de resolución de conflictos o “arbitral”), se deben asegurar la autonomía, la independencia y la imparcialidad de la autoridad de regulación.

5. Para asegurar tales autonomía y carácter técnico, de manera concreta se identifican criterios fundamentales por tener en cuenta en el diseño institucional de las autoridades de regulación: i) composición alejada de intereses políticos; ii) periodos fijos de permanencia

2. Los bienes muebles e inmuebles que la Agencia adquiera a cualquier título y los que le sean transferidos o asignados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o cualquier otra entidad.

3. El producto de los empréstitos externos o internos que el Gobierno Nacional contrate para el desarrollo, la administración y manejo de la Agencia Nacional del Espectro.

4. Los recursos que reciba por cooperación técnica nacional e internacional para ser empleados por la Agencia y los que reciba del Gobierno Nacional.

5. Los recursos que el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones transfiera a la Agencia Nacional del Espectro para el desarrollo de las actividades relacionadas con el cumplimiento de sus funciones o proyectos que ella desarrolle, de conformidad con el presupuesto aprobado a la ANE en el Consejo Directivo, la proyección de recursos aprobados en el Marco de Gasto de Mediano Plazo sectorial y la aprobación del anteproyecto de presupuesto anual sectorial. La proyección de gastos de la ANE debe ser remitida al Fondo de TIC en los últimos quince (15) días hábiles de cada vigencia fiscal”.

en el cargo para sus directivos; iii) órganos de decisión plurales (colegiados); iv) requisitos exigentes de experiencia y logros académicos; v) carácter restrictivo de las causales de desvinculación; vi) régimen estricto de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses; y vii) recursos propios para el ejercicio de la función.

6. En Colombia, por expresa disposición de la Constitución Política (artículo 150, n. 7), el diseño institucional de las autoridades que cumplen la función de regulación, su denominación (“comisiones de regulación”, “agencias” u otro nombre que se les asigne), naturaleza y régimen jurídico (lo cual incluye su personal, actos, contratos y presupuesto, entre otros), deben ser señalados por la ley de su creación, para lo cual deben seguirse las potestades generales de autoorganización administrativa, en el sentido de que corresponde al Congreso de la República, mediante ley, crear o autorizar la creación de tales autoridades de regulación.

7. En vigencia de la Constitución de 1991, la Ley 142 de 1994 relativa a los servicios públicos organizó inicialmente las autoridades de regulación bajo la denominación “Comisiones de Regulación”, pero bajo la ya conocida tipología de unidades administrativas especiales sin personería jurídica. Las normas de la Ley 142 no establecían requisitos de experiencia y estudios especiales para los “expertos comisionados”, asunto que quedaba a la discrecionalidad del presidente de la República, razón por la cual, *ex ante*, no se aseguraba el carácter técnico de sus integrantes.

Respecto al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, la Ley 142 tampoco aludía especialmente a ellos, motivo por el cual el régimen aplicable era el de la generalidad de servidores públicos. Lo mismo puede decirse respecto del manejo presupuestal de sus recursos, los cuales seguían las normas generales del Estatuto Orgánico del Presupuesto para las unidades administrativas especiales.

Por tanto, dada su naturaleza jurídica y las observaciones arriba señaladas, las comisiones de regulación de los servicios públicos creadas por Ley 142 de 1994 no tenían la característica de autonomía, carácter técnico, ni mucho menos la independencia que se predica de las agencias reguladoras en el derecho comparado.

8. En materia de telecomunicaciones, la Ley 1341 de 2009 modificó la organización de la antigua CRT, la cual a partir de la vigencia de esa ley se conoce como CRC. Si bien se avanzó en estructurar el objeto de sus funciones bajo características propias de una autoridad o agencia reguladora, se establecieron requisitos de experiencia y estudios para asegurar el carácter técnico de sus integrantes y se previó la entrega de recursos destinados para su funcionamiento, en todo caso, se mantuvo la naturaleza de unidad administrativa especial sin personería jurídica de la CRC, por lo que se desaprovechó la oportunidad de otorgarle las notas de autonomía que la función de regulación exige. Además, solamente se aludió al régimen especial de inhabilidades para los integrantes de la CRC, pero nada se dijo en cuanto a incompatibilidades o conflictos de interés.

9. La Ley 1341 de 2009 creó la ANE como “Unidad Administrativa Especial del orden nacional, con personería jurídica”, lo cual le da las características de autonomía técnica, administrativa, financiera y patrimonio propio que se predicen de sus pares en otros países. En el mismo sentido, exige requisitos especiales de estudios y experiencias para el director de la ANE y le señala un periodo fijo, lo cual fortalece su carácter técnico y autonomía en sus decisiones, características propias de las agencias de regulación en el derecho comparado.

No obstante, la ANE cuenta con un Consejo Directivo que en su composición (funcionarios del Gobierno) le resta carácter técnico y lo puede “contaminar” con posiciones políticas, lo cual se agrava si se tiene en cuenta que en cuanto al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, la Ley 1341 de 2009 y el Decreto Ley 4169 de 2011 no aluden especialmente a ellos, motivo por el cual el régimen aplicable es el de la generalidad de servidores públicos, aspecto que resulta un retroceso para principios tales como la imparcialidad y el debido proceso sancionatorio.

10. Si bien paulatinamente se observa un avance en la autonomía de las autoridades de regulación colombianas, es mucho el camino que falta por recorrer para ajustarse a los estándares internacionales que se predicán de las agencias de regulación.

BIBLIOGRAFÍA

BALDWIN, ROBERT y MARTIN CAVE. *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BREWER, ALLAN. *Derecho administrativo*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

Boe número 236, Ley 40/2015. Régimen Jurídico del Sector Público. España: 2 de octubre de 2015.

CASSAGNE, JUAN. *Derecho administrativo*. Tomos I y II. 8.ª edición. Buenos Aires:

Lexis - Nexis Abeledo-Perrot, 2006.

CHEVALLIER, J. L. *État post-moderne*. París: L.G.D.J., 2014.

Constituyente, República de Colombia. *Constitución Política de Colombia 1991*.

Congreso de la República de Colombia. Leyes 142 de 1994, 489 de 1998, 1341 de 2009 y 1753 de 2014.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2025 de 2011.

Concepto 2236 de 2016.

Concepto 2293 de 2016.

Sentencia Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01 del 30 de abril de 2009.

Sentencia Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00037-01(20691) 11 de noviembre de 2009.

Corte Constitucional, C- 498/98, C- 078/99, C- 702/99, C 372/99, C 384/00, C 644/00, C 698/00, C-1187 de 2000, C-1437/00. C- 1508/00. C- 401/01, C- 1258/01, C 150/03, C-623/03 C- 046/04, C- 150/04, C- 246/04, C- 036/05, C- 856/06, C- 889/06, C-736/07 C- 781/07, C- 910/07, C- 1040/07, C- 507/08.

FERNÁNDEZ, GABRIEL. *La administración por agencias independientes en Estados Unidos*. *Revista Universitas*, n.º 106, 177-205.

Gobierno Nacional, Decreto 2474 de 1999, Decreto 4169 de 2011.

- LIZARAZO L. y MARCELA ANZOLA. Regulación, autorregulación y desregulación. En *La regulación económica: tendencias y desafíos*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.
- JORDANA, JACINT y LEVI-FAUR, DAVID. ¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. Documentos CIDOB serie: América Latina n.º 7. Barcelona: CIDOB, 2005.
- LAVERDE, JUAN. Agencias estatales: ¿crisis de identidad? En *Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra*. Bogotá: Ibáñez, 2014.
- MONTAÑA, ALBERTO. 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): 27-43.
- MUÑOZ, SANTIAGO. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Madrid: Civitas, 2004.
- Presidencia de la República. Decreto 2474 de 1999, decreto 4169 de 2011.
- SANTOFIMIO, JAIME. Tratado de derecho administrativo. 4.ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- TINGLE, MICHAL. Privatization and the Reagan administration: ideology and application. *6 Yale Law & Policy Rev.* 229 (1988): 229-257.