

El servicio público de las telecomunicaciones: un reto para la regulación económica

OECD (2014), Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, OECD, Publishing, 184 pp.

MARÍA CAROLINA ESPITIA BECERRA¹

RESUMEN

El estudio² de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)³ realiza un análisis sobre el papel económico y social que juegan las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en Colombia. Nuestro país ha sabido reconocer el despliegue y la importancia de este nuevo servicio público, buscando que el ordenamiento jurídico esté orientado a lograr un acceso y un servicio universal de las TIC. El análisis se centra en el sector de

1 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, monitora del Departamento de Derecho Administrativo. Correo-e: maria.espitia01@est.externado.edu.co. Para citar el artículo: Espitia Becerra, María Carolina (2014). "El servicio público de las telecomunicaciones: un reto para la regulación económica", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 243-255.

2 El estudio de la OCDE fue realizado por AGUSTINO DÍAZ-PINES y ALEXIA GONZALES FANFALONE, ambos economistas de la división de políticas de la información de comunicaciones y consumo (división ICCP) dentro de DSTI, con contribuciones por parte del doctor SAM PALTRIDGE, Jefe de la Unidad de telecomunicaciones (DSTI/ICCP), el doctor ROHAN SAMARAJIVA, presidente, LIRNE Asia, y el doctor ERNESTO FLORES-ROUX, CIDE, México (OECD, 2014: 3).

3 "El trabajo de la OCDE se basa en un seguimiento continuo de los acontecimientos en los países miembros, así como fuera de la zona de la OCDE, e incluye proyecciones regulares de la evolución económica a corto y medio plazo. La Secretaría de la OCDE recoge y analiza los datos, después de que los comités discuten la política con respecto a esta información, el Consejo toma decisiones, y luego los gobiernos aplican las recomendaciones". Disponible en <http://www.oecd.org/about/whatwedoandhow/>.

las telecomunicaciones, realiza un estudio de los mercados, de la estructura de regulación y sus reformas. Por la relevancia que tiene la regulación económica para el Derecho administrativo, la reseña se centra en tres ejes fundamentales: (i) la referencia a las TIC como un servicio público orientado hacia el acceso y el servicio universal, (ii) la necesidad de un órgano regulador independiente y (iii) la adecuación o no de la Comisión de Regulación de Comunicaciones a la realidad colombiana, las demás instituciones y su marco regulatorio. Aunque Colombia ha realizado un amplio esfuerzo en materia regulatoria y ha buscado crear instituciones con potestades regulatorias efectivas, en este tema surge el cuestionamiento de si el ente regulador –en este caso la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones– es realmente independiente con el fin de que efectivamente pueda ser útil para la realidad de nuestro país.

Palabras clave: Regulación Económica; TIC; MINTIC; Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC–; Servicio Público; Acceso universal; Servicio universal.

ABSTRACT

The study, about the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), analyzes the socioeconomic role upon Colombia's telecommunications (TIC). Colombia has profited from the importance of this new public service, therefore the country has orientated its legal framework to ensure the access and universal service of these technologies. This analysis is centered on the telecommunication sector; it studies the markets, the regulation structure and their amendments. Given the relevance of regulations to the administrative law, this paper will center on three fundamental axes: (i) the TIC as a public service that is guided towards the universal access and service, (ii) The need for an independent regulatory body (iii) the adequacy or otherwise of the Telecommunications Regulatory Commission to Colombian reality, other institutions and the regulatory framework. Even though Colombia has strived to create regulatory institutions in this sector, there's still the questionable matter of the independence of some administrative entities such as the TIC Regulation Commission (CRC, for its Spanish initials). This independence would be of extreme importance for the effectiveness of the regulations they are to impose.

Keywords: Regulatory Policies; ICT; MINTIC; CRC; Public Service; Universal service; Universal access.

I. INTRODUCCIÓN

La apertura de los mercados, la liberalización económica y el replanteamiento del concepto del servicio público han generado en el Estado la obligación de

intervenir en la economía. Las telecomunicaciones (en adelante TIC) se han convertido en un reto regulatorio para el Estado tanto en sus instituciones como en el desarrollo de un marco regulatorio, dado que no solo se busca una reglamentación dentro del marco constitucional y legal, sino que debe tenerse en cuenta la importancia de la potestad regulatoria por parte de entidades administrativas, como lo es la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (en adelante, CRC).

El *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia* hace un análisis estadístico integral sobre el sector de las telecomunicaciones en nuestro país, incluyendo aspectos como el funcionamiento de los mercados, la estructura de las instituciones y la potestad regulatoria de los mismos. La trascendencia de las TIC resulta siendo esencial no solo en el desarrollo económico de los países sino también en el desarrollo social, ya que no solamente deben buscar la eficiencia empresarial y velar por la protección de los derechos de sus ciudadanos, sino permitir que los menos favorecidos tengan la oportunidad de acceder a este servicio con el fin de disminuir la brecha digital existente.

No obstante que el estudio realizado por la OCDE examina el sector de las telecomunicaciones en su totalidad, es relevante para el Derecho administrativo basarse en los siguientes tres ejes para el análisis del estudio: (i) la referencia a las TIC como un servicio público orientado hacia el acceso y el servicio universal en la legislación colombiana y en los planes del gobierno, porque es fundamental considerar a las telecomunicaciones como un servicio público para que el Estado se encuentre en la obligación de vigilar, controlar y prestar por él o por medio de particulares que ejerzan funciones públicas este servicio⁴, (ii) la necesidad de un órgano regulador independiente, porque para el Derecho administrativo es significativo que los órganos que ejercen potestad regulatoria gocen de independencia para que las decisiones sean imparciales y tengan un verdadero valor práctico y, finalmente, (iii) la adecuación o no de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones a la realidad colombiana, las demás instituciones y su marco regulatorio, porque al Derecho administrativo le concierne cuáles son las instituciones actuales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuáles son las potestades regulatorias otorgadas a cada una de estas y si efectivamente son o no las apropiadas para el desarrollo de la potestad regulatoria en un país como el nuestro. La reseña busca analizar esos tres ejes con el fin de responder el siguiente cuestionamiento: ¿Es el organismo de regulación en Colombia, en este caso la CRC, un órgano que posee absoluta independencia y que funciona adecuadamente para la realización de su labor?

4 Aunque la OCDE no tiene en cuenta el concepto de servicio público, sí es enfático en la necesidad de que las telecomunicaciones busquen el acceso y servicio universal, conceptos que serán aclarados dentro de la reseña.

II. LA JUSTIFICACIÓN DE LA UNA REGULACIÓN INDEPENDIENTE EN MATERIA DE REGULACIÓN

A. LA TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO⁵

La necesidad de ampliar los mercados y fomentar la competencia con el fin de abandonar los monopolios parece chocar con el concepto tradicional de servicio público. Como consecuencia de lo anterior, se debe transformar y moldear este concepto, comprender la nueva realidad económica y social y entender las telecomunicaciones como una realidad que oscila dentro de estos dos niveles (MONTAÑA PLATA, 2010: 179). Nuestro ordenamiento jurídico ha resaltado no solo en la Constitución y en la ley sino también en la jurisprudencia la relevancia de considerar un servicio como público. Esto lo podemos dilucidar tanto en la Ley 142 de 1994 como en la Ley 1341 de 2009 y los pronunciamientos de la misma Corte Constitucional (en adelante C.C.). Aunque el estudio de la OCDE pareciese quedarse corto ya que solo tiene en cuenta el marco legal y los planes del gobierno, sonando un poco a propaganda política, deja de lado el marco constitucional y la jurisprudencia, los cuales son fundamentales para nuestro ordenamiento jurídico y para el Derecho administrativo.

Esta calificación como servicio público refleja la necesidad de un desarrollo por parte del legislador y de la rama ejecutiva en la búsqueda de un servicio universal. El primer esfuerzo realizado por el legislador es la Ley 142 de 1994, que calificaba a las telecomunicaciones como un servicio público domiciliario sometido al control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La C.C., en la Sentencia C-263 de 2013, se refirió a la ley en los siguientes términos:

En ellos se condensan los componentes más importantes de la regulación legal atinente a los servicios públicos domiciliarios, cuyo régimen especial pone de presente la importancia que el Constituyente otorgó a los servicios públicos como instrumentos para la realización de los fines del Estado Social de Derecho, así como para la plena vigencia de los derechos constitucionales que garantizan una existencia digna. El artículo 69 de la Ley 142 de 1994 dispuso la creación de las Comisiones de Regulación, como unidades administrativas especiales, con independencia técnica, administrativa y patrimonial, adscritas al respectivo Ministerio del Ramo que regulan.

Actualmente, las telecomunicaciones cuentan con norma especial y son calificadas por la Ley 1341 de 2009 como un servicio público sometido a la po-

5 El estudio hace hincapié en los conceptos de acceso y servicio universal; en nuestro ordenamiento es fundamental realizar el análisis de las telecomunicaciones como servicio público.

testad regulatoria de numerosas entidades; así como lo mencionó la C.C. en la Sentencia C-378 de 2010:

El servicio público no es simplemente un 'concepto' jurídico; es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico⁶.

Aunque el régimen jurídico y la competencia de las entidades que regulan las TIC cambiaron, lo importante es que las TIC son consideradas un servicio público, como consecuencia de lo cual el Estado se hace responsable y está en la obligación de vigilar la prestación de dicho servicio. La responsabilidad del Estado se convierte en la obligación de hacer realidad las prestaciones de ese servicio y extenderlas a toda la población, e implica la responsabilidad de los poderes públicos de satisfacer las necesidades primarias de los ciudadanos. Es por ello que la regulación se convirtió en una actividad indeclinable en la actividad administrativa (ARIÑO ORTIZ et al., 2012: 243). Lo anterior resulta sirviendo de soporte para la recomendación de la OCDE de requerir un órgano independiente al momento de regular. Sin embargo, es evidente que nuestra administración pública se encuentra fuertemente politizada y es necesario que existan instituciones y órganos profesionales e imparciales que garanticen la objetividad de las decisiones, más aun cuando afecta el régimen económico de los servicios públicos (ídem: 103). Como consecuencia de que las TIC son un servicio público, el ordenamiento jurídico debe buscar un servicio universal, que involucre una plena cobertura bajo el entendido de que aquellos usuarios marginados geográficamente sean incluidos, buscando también la masificación de las tecnologías y la expansión de difícil acceso (MONTAÑA PLATA, 2010: 179), lo que la OCDE define como acceso universal.

Para poder entender la importancia de este servicio público, debemos realizar una diferenciación entre los conceptos de servicio y acceso universal. Por un lado, el servicio universal es considerado como un paquete mínimo de servicios utilizados por el usuario en cualquier lugar geográfico que se encuentre a un precio y calidad razonables (OECD, 2014). Adicionalmente, el servicio universal en la legislación colombiana, no es solo un derecho sino una herramienta económica y social, y fue definido como el que les permite a los hogares tener un servicio básico de telecomunicaciones, referido primero en relación con la telefonía pero luego se dijo que dependía de la tecnología y la viabilidad de los recursos. En contraste, el acceso universal significa únicamente el acceso razonable (ídem: 108), refiriéndose a un acceso comunitario

6 Cfr, MARIENHOFF (1988: 27).

cuando este no es posible en el lugar de residencia. Los subsidios cruzados han sido históricamente el medio de proveer acceso y servicios universales en las telecomunicaciones, al igual que en otras infraestructuras, como el gas, la electricidad y el agua. El concepto de acceso/servicio universal pertenece a la esencia del servicio público, cuyo propósito es servir de medio para lograr los fines sociales del Estado, para dar bienestar general y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos (HERRERA ZAPATA, 2010: 777).

En aras de alcanzar estos dos objetivos, la OCDE realiza un recorrido por los distintos planes de gobierno que han buscado la implementación de nuevas tecnologías: se menciona que en 1997 Colombia adoptó un plan nacional de telecomunicaciones con el fin de ampliar la telefonía móvil y promover el acceso a bases de datos para escuelas, hospitales y bibliotecas públicas; también el plan de telefonía social (1997-2000) buscaba instalar 975.239 líneas urbanas y rurales. Subsecuentemente, el Plan Nacional de Desarrollo (1998-2002) buscaba lograr el progreso de la telefonía social y servicios en áreas rurales. Estos planes no fueron tan exitosos como se esperaba en incrementar los niveles de penetración. Actualmente, (i) el Ministerio continúa con el desarrollo del Plan Vive Digital 2014-2018 (MINTIC, s.f.) iniciado desde 1998 y que ha alcanzado inversiones de cerca de mil millones de COP; (ii) adicionalmente, el Proyecto Nacional de Fibra Óptica tiene como meta alcanzar 753 municipios conectados a redes de fibra óptica en 2014, adicionales a los 200 municipios que en agosto de 2010 contaban con acceso a dicha tecnología, con lo cual se lograría una cobertura de 96% de municipios con redes de fibra óptica en 2014, y (iii) el aporte del Estado para hacer realidad este proyecto asciende a cuatrocientos quince mil millones de pesos (COP 415.000.000.000). En el marco de la estrategia de masificación de acceso a internet de banda ancha, prevista en el Plan Vive Digital, Compartel estructuró en 2011 el proyecto Hogares Digitales, a través del cual se crearán ciento quince mil (115.000) nuevos accesos a internet banda ancha en estratos uno y dos, en 23 departamentos y 77 municipios del país. Los usuarios beneficiados podrán así gozar por tres (3) años del servicio de conectividad, a una tarifa máxima de veinte mil pesos (COP 20.000) mensuales, y no estarán obligados a la compra de otros servicios o terminales, ni a cláusulas de permanencia.

En el Plan Vive digital cabe resaltar que en lo relacionado con la banda ancha, es necesario regular de forma diferente. Ni el Plan Vive digital ni la OCDE hacen hincapié en esta necesidad. La banda ancha cuenta con unas características especiales que conllevan un modelo de negocio distinto del tradicional, de la telefonía móvil, el fax e internet de baja velocidad (ARIÑO ORTIZ et al., Ob. cit.: 983). El modelo de regulación debe ser diferente por las condiciones de mercado y la infraestructura que se requiere para proveer este servicio público. Se requiere que se incentive la inversión en nuevas redes, la entrada de empresas sólidas y capaces de competir eficientemente, que sean sostenibles en el medio y con infraestructuras propias (ídem: 993).

B. LA NECESIDAD Y LAS CARACTERÍSTICAS DE UN ÓRGANO REGULADOR INDEPENDIENTE

De los conceptos de servicio público, acceso y servicio universal se debería la necesidad de un órgano regulador independiente. Como podemos visualizar, en Colombia existe una amplia regulación en el tema de las telecomunicaciones, pero acá es donde nos cuestionamos por la relevancia de la independencia del ente regulador, es decir la CRC. Dentro de un marco regulatorio son iguales de importantes la regulación y el regulador: una agencia regulatoria independiente garantiza la neutralidad en la aplicación de reglas actuando en sus poderes normativos (ídem: 79). "La configuración de los sectores liberalizados y la libertad de competencia se garantiza mediante una independencia de los operadores del mercado y las autoridades reguladoras, con lo que evita que un mismo sujeto que participe en el mercado sea juez y sujeto" (Fernández, 2010: 559).

La OCDE es precisa al afirmar que la CRC no es una entidad jurídica independiente, sino que debe ser reformada y adquirir auténtica independencia respecto del gobierno nacional; no debe permitirse la participación directa del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MINTIC) ni de otros departamentos gubernamentales para que esta pueda tomar decisiones de forma independiente (OECD, 2014) y no se encuentre politizada por las conveniencias políticas del gobierno de turno. Este tipo de entidades administrativas deben ser imparciales, porque son árbitros dentro de los intereses de juego y su independencia es la única garantía para la objetividad de sus decisiones (ARIÑO ORTIZ et al., Ob. cit.: 104).

Para que efectivamente se garantice la independencia del ente regulador se debe hacer hincapié en tres aspectos: (i) la personería jurídica, (ii) la estructura y (iii) la composición (FERNÁNDEZ, Ob. cit.: 560). En lo relacionado con la personería jurídica, constituye una manifestación de la descentralización funcional, ya que se observa qué funciones se le atribuyen a un organismo separado (ídem). Con respecto a la estructura, los organismos reguladores deben ser de carácter colegiado, ya que una estructura plural permite tomar decisiones óptimas e independientes (ídem) y se busca que quienes hagan parte de estos órganos gocen de independencia frente a las demás ramas del poder público. Finalmente, en la composición, argumentó que sirve para reafirmar el anterior, al existir dentro del órgano regulador miembros que provienen de cargos de confianza cuyo criterio político prima, le resta importancia al carácter profesional que deben tener los funcionarios de las entidades reguladoras con el fin de garantizar la independencia (ídem: 559).

Para terminar, es elemental que la entidad esté dotada de credibilidad, es decir que pueda realizar de forma efectiva las funciones para las cuales fue creado el ente regulador. "Las fórmulas de diseño de estas agencias son variadas, como también lo son sus posibles responsabilidades en torno a un núcleo de

actividades ya establecido (licencias, tarifas, estándares, conflictos, directrices). Lo importante es, de un lado que esté dotada de autoridad efectiva, de otro, que el diseño imposibilite la captura de cualquier tipo de poder o grupo político o económico" (ARIÑO ORTIZ et al., Ob. cit.: 79). Por lo que, en mi criterio, se requieren potestades, como la sancionatoria, para que las decisiones de los entes reguladores sean realmente eficaces, aunque en este punto surge el cuestionamiento de si se requiere que sea el mismo ente regulador o puede ser otra entidad dentro del ordenamiento jurídico la que sancione determinadas conductas.

A continuación, se analizará si la CRC cumple con los requisitos de independencia y credibilidad suficientes con el fin de poder prestar una regulación eficaz y útil en el tema de las telecomunicaciones en Colombia. Para lograr este fin, se analizarán las entidades públicas a las que el ordenamiento jurídico les otorga potestad regulatoria, para así criticar la influencia de las demás entidades públicas sobre el ente regulador.

III. FALTA DE ADECUACIÓN DE LA CRC COMO ÓRGANO INDEPENDIENTE

A. INSTITUCIONES Y MARCO REGULATORIO

La regulación es una tarea compleja para los entes reguladores, pero es igual de significativo el régimen legal y las normas, como lo es la calidad, la fiabilidad y credibilidad de los reguladores y sus buenas prácticas (ídem: 236). La OCDE aborda tanto el marco regulatorio como las instituciones reguladoras: primero, aborda el régimen regulatorio de la Ley 1341 de 2009 y el marco general de las telecomunicaciones, para afirmar que sus principales objetivos incluyen asegurar su eficiencia, promover la competencia, incrementar la infraestructura protegiendo los derechos del consumidor, proteger la inversión y permitir el máximo uso del gobierno en servicios y otras funciones; segundo, que la Ley 1341 de 2009 constituye un punto de inflexión en las políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, en la medida en que esta ley determina cuáles son las entidades públicas sobre las cuales recae la potestad regulatoria de las TIC: (i) el MINTIC, (ii) el Departamento de Planeación Nacional (DNP), (iii) la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y la (iii) CRC. Examinaremos los anteriores organismos que tienen directa o indirecta responsabilidad sobre este sector.

Con la Ley 1341 de 2009, el Ministerio de Comunicaciones fue objeto de una significativa reforma y cambió su nombre a MINTIC, lo que hizo que hoy en día la entidad tenga una cartera mayor de responsabilidades, como por ejemplo las TIC en la educación y ya no se centre únicamente en la infraestructura y el acceso universal (OCDE, Ob. cit.: 52). En contraste con otros países miem-

bros de la OCDE que limitan sus competencias a la formulación de políticas y a la regulación, el MINTIC desempeña tanto un importante papel político como un papel como ente regulador (ídem). De lo anterior se derivan dos inconvenientes que le restan independencia a la CRC: el primero consiste en que el ministro actúa como presidente del ente regulador y es tan importante hasta tal punto que la junta de la CRC no puede reunirse sin él, puesto que se considera que no hay suficiente quorum (ídem), lo cual genera un claro conflicto de intereses, pues, por un lado, existen los intereses políticos que tenga el ministro para cumplir con las políticas del gobierno al cual pertenece y, por otro, las decisiones regulatorias eficaces. Se debe buscar la profesionalización, especialización y la continuidad de la práctica regulatoria, que independientemente de cualquier otra finalidad, se pueda realizar la prestación del servicio. Se trata de racionalizar el ejercicio de la regulación, buscando evitar las divergencias entre la teoría y la práctica que se observa tantas veces cuando existe una regulación política (ARIÑO ORTIZ et al., Ob. cit.: 264). El segundo, es que el Ministerio puede imponer sanciones por la falta de cumplimiento a la normativa y la cuantía máxima de la sanción es menos de un millón de USD, lo que no constituye una medida lo suficientemente coercitiva para que los operadores cumplan con la regulación y como la potestad sancionadora a cabalidad no está dentro del ámbito de competencias del regulador, se crea una debilidad adicional en la independencia de la CRC (OCDE, Ob. cit.: 53). Además, la C.C. en Sentencia C-263 de 2013 estableció:

Las Comisiones de Regulación se encuentran adscritas a un Ministerio y por tanto están subordinadas a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, quien funge como jefe de la administración de sus respectivas dependencias. Ello sin olvidar que es el Presidente de la República la suprema autoridad administrativa.

La misma Corte confirma la falta de independencia, la politización de las comisiones de regulación y la intromisión clara de gobierno que solo entorpece la efectividad de la regulación.

Por otro lado, el DNP es un órgano asesor del gobierno y su principal misión es la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo con una visión estratégica del país. En relación con el DNP, son criticables dos aspectos: el primero, relacionado con la política de acceso universal, y el segundo, con la independencia del ente regulador. La política de acceso universal se encuentra con una barrera para su desarrollo por la falta de armonización de los derechos que existen en las diferentes municipalidades, es decir que los planes de ordenamiento territorial varían de ciudad a ciudad, lo cual hace que se presenten obstáculos tanto en la cobertura como en la calidad del servicio. Además cuenta con un problema similar al ya mencionado: el director del DNP es miembro del consejo de la CRC, al igual que el ministro de las TIC, lo que puede a su vez truncar la independencia del ente regulador una vez más. A su vez existe un gran inte-

rrogante: si el director del DNP tiene los conocimientos técnicos para generar impacto en este sector de la economía (OCDE, Ob. cit.: 54).

Otro organismo que influye en las TIC es la SIC, que en su funcionamiento tiene un aspecto positivo y otro negativo. El positivo es que la potestad sancionadora de la SIC es mayor a la del MINTIC, facultades que hacen que su decisión sea significativa, influyente y evite con eficacia las prácticas restrictivas de la competencia (ídem: 60). Aquí surge el cuestionamiento de si aún así es necesario que la CRC cuente con potestad sancionadora y se cree que sí, porque, aunque la Ley 1341 de 2009 le permite a la CRC imponer sanciones a los operadores que no proponen información amplia, veraz y oportuna que solicite la CRC en el ejercicio de sus funciones, y las sanciones pueden ser hasta 250 smlm por cada día en que incurran en la falta (CARRASQUILLA VILLEGAS, 2010: 536), aún así se considera que la potestad sancionadora de la entidad no se debe reducir únicamente a este tipo de sanciones y además que son irrisorias las sumas de las multas. El aspecto negativo, por su lado, evidencia cómo pelagra su independencia, ya que el superintendente es un funcionario de libre nombramiento y remoción y, como ya lo hemos mencionado, se requiere la independencia del gobierno de esta clase de organismos de competencia.

Finalmente, la CRC es un órgano ejecutivo gubernamental adscrito al MINTIC, con independencia, técnica administrativa y patrimonial, y se define como una Unidad Administrativa Especial (OCDE, Ob. cit.: 54). Sin embargo, no se trata de órgano independiente puesto que, primero, la ausencia de personería jurídica impide que se pueda considerar al ente regulador como una autoridad independiente, sino que se trata de un "órgano atípico del MINTIC cuya única particularidad se deriva de que pertenece fuera de su organigrama pues desarrolla unas funciones específicas que ejercen de forma autónoma lo que lleva a que sea considerado 'adscrito'" (FERNÁNDEZ VIDAL, Ob. cit.: 560). Segundo, en lo relativo a la estructura, aunque es un órgano colegiado, tanto el ministro como el director del DNP, como se ya dijo, pertenecen a la junta directiva y son designados por el gobierno durante un período de tres años. Como consecuencia, se debe buscar un mecanismo de designación diferente con el fin de buscar la profesionalización y la transparencia de quienes hacen parte de la junta⁷. Por último, en la composición, para fortalecer la credibilidad del regulador se requiere de cierto grado de conocimientos técnicos al servicio del mismo, la capacidad de ordenar efectivamente el sector, mediante normas y decisiones de carácter definitivo (ARIÑO ORTIZ et. al., Ob. cit.: 262), lo cual puede ser cuestionable cuando no se eligen personas con amplios conocimientos

7 La OCDE sugiere, por ejemplo, que se puede establecer un comité de nombramientos para presentar una lista de candidatos al presidente de la República para que pueda elegir entre estos como se ha realizado en países como México. Además recomienda que se amplíe el mandato de cuatro a seis años (actualmente es de 3 años) (OCDE, Ob. cit.: 55).

sobre las TIC. Asimismo, esa credibilidad puede ser reforzada con una potestad sancionatoria más amplia y eficiente, con la cual no cuenta la CRC.

B. CONCLUSIÓN: UNA INDEPENDENCIA DIFÍCIL DE CONFIGURAR

Aun así, concluyo que, en materia de regulación de las TIC, Colombia ha realizado un gran esfuerzo para regular de forma completa la disciplina. La regulación económica de las TIC debe estar orientada hacia una regulación más precisa que excesiva, que permita asegurar un servicio universal para la población colombiana, con miras a la reducción de la brecha social. A su vez, reconozco que el gobierno nacional ha entendido que el tema del desarrollo de las telecomunicaciones es dual, porque se trata de una herramienta económica que busca la ponderación de los intereses de las empresas privadas, respetando derechos, como la propiedad y la libertad de empresa, pero reconoce también que es una necesidad social que genera la responsabilidad del gobierno en busca de que aquellos que por condiciones económicas no pueden acceder a estos servicios, lo hagan.

Es claro que la gran debilidad en materia de regulación consiste, como lo refiere OCDE, en la carencia de un ente regulador independiente para que no existan conflictos de intereses y adicionalmente se requiere una potestad sancionadora más activa por parte de la CRC. El problema es el siguiente: no existe un gobierno que pueda trazar una política económica sin incidir en los sectores estratégicos, como lo son las TIC, pero de otra parte, cuando se decide confiar solo en el mercado, como un regulador, se les ha puesto a las TIC fuera del alcance de la política gubernamental; entonces, algunas funciones del regulador precisan independencia, mientras que otras están claramente integradas en una cadena jerárquica y responden de algún modo a las directrices políticas del gobierno. Como consecuencia, nos encontramos ante una necesidad de independencia pero difícil de configurar en la práctica (ARIÑO ORTIZ et al., Ob. cit.: 161). Se demanda una mayor independencia de la CRC frente a las orientaciones políticas, a fin de que una misma línea de pensamiento permita continuidad en el desarrollo de las políticas y la regulación del ente.

El adoptar las siguientes recomendaciones de la OCDE permitirá solidificar fortalezas y solventar las debilidades de la independencia del organismo regulador, permitiéndole al Estado la posibilidad de asumir este nuevo reto regulatorio que se deriva del servicio público de las TIC. (i) La reforma de la CRC para adquirir independencia auténtica, limitando la participación directa del MINTIC, así como mantener la financiación independiente pero con el fin de que disfrute de mayor flexibilidad para contratar y manejar su presupuesto (OECD, Ob. cit.: 159), (ii) así como un proceso de selección transparente de los miembros, con convocatorias abiertas y con mayor período de duración de los mismo (ídem), (iii) se le debe conferir facultades a la CRC de imponer

sanciones por el incumplimiento de la regulación de forma más amplia y general (ídem).

Para terminar, podemos concluir que para hacer posible esta independencia se debe actuar en dos sentidos: en el proceso de selección de sus miembros y en el régimen jurídico de su actuación. No obstante, no basta con esos dos aspectos, sino que se debe contar con un respaldo social y político que ganen las instituciones por su buena regulación y su actuación para que los ciudadanos vean en la comisión su mejor garantía (ARIÑO ORTIZ et al., Ob. cit.: 279).

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA, J.M.; DE GUAYO CASTIELLA, I. (2012). *Regulación Económica*. Madrid: Aranzadi S.A.

COLIN BLACKMAN, L. S. (s.f.). *Telecommunication's regulation handbook, the international bank for reconstruction and development, Tenth anniversary edition*.

Corte Constitucional, Sentencia C-236 de 2013. Expediente D-9329. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74 (parcial) de la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones". M.P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-263-13.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2013. Expediente D-9329. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74 (parcial) de la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones". M.P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-263-13.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia C-378 de 2010. Expediente D-7940. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3° (parcial) del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, "por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política". M.P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

ESTRADA ORTIZ A. (2010). "Las funciones de control y vigilancia antes de la Ley 1341 y después de 2009 y después de ella. Autoridades y funciones", en *Comentarios a la ley de tecnologías de la información y las comunicaciones, Ley 1349 de 2009*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

FERNÁNDEZ, J. V. (2010). "La Comisión de Regulación de Comunicaciones: su naturaleza y significado en la organización institucional colombiana a partir de la Ley 1341 de 2009", en *Comentarios a la ley de tecnologías de la información y las comunicaciones, Ley 1349 de 2009*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GUERRA DE LA ESPRIELLA, M. R. y ARANGO OVIEDO, D. (2011). *Estudios y perspectivas de las telecomunicaciones a la TIC: ley de TIC de Colombia (L1344 de 1009)*. CEPAL.

HANK INTEN, MCCARTHY TÉTRAULT (2000, noviembre). *Manual de reglamentación de las telecomunicaciones*. Banco Mundial.

HERRERA ZAPATA, L.M. (2010). "Acceso y servicio universal y las obligaciones de servicio público", en *Comentarios a la ley de tecnologías de la información y las comunicaciones, Ley 1349 de 2009*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JÁCOME VELÁSQUEZ, D. (1997). *Manual regulatorio de las telecomunicaciones de Colombia*, t. I. Bogotá: Comisión Nacional de Regulación de las Telecomunicaciones.

MARIENHOFF, MIGUEL S. (1988). *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-378-10.htm>.

Ministerio de las Tecnologías de la información y la Comunicación (MINTIC) (s.f.). *Plan Vive Digital*. Disponible en <http://www.mintic.gov.co>.

MONTAÑA PLATA, A. (2010). "Tecnologías de la información y las comunicaciones y servicios públicos. Fundamentación de la intervención del Estado en el sector", en *Comentarios a la ley de tecnologías de la información y las comunicaciones, Ley 1349 de 2009*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

OECD (2014), Estudio de la OECD sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, OECD Publishing. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208131-en>.

VILLEGAS CARRASQUILLA, L. (2010). "La ley TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones", en *Comentarios a la ley de tecnologías de la información y las comunicaciones, Ley 1349 de 2009*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.