



MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

RESOLUCIÓN NÚMERO

DE 2020

“Por la cual se modifica la Resolución MinTIC N° 3160 del 6 de diciembre de 2017”

LA MINISTRA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las que confieren las leyes 1341 y 1369 de 2009 y los decretos 1078 de 2015 y 1414 de 2017, y

CONSIDERANDO QUE:

En el marco de las potestades y facultades previstas en las leyes 1341 y 1369 de 2009, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones expidió la Resolución N° 3160 del 6 de diciembre de 2017, “*Por la cual se adopta la Política Pública de Vigilancia Preventiva*”, con el propósito de implementar un conjunto de acciones, en ejercicio de su función de vigilancia y control, para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, sin que, necesariamente, deba acudir a la imposición de sanciones para lograrlo, toda vez que sancionar no implica corregir el incumplimiento.

La potestad sancionadora con que cuenta el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones permite asegurar la realización de los fines del Estado, así como el cumplimiento de los objetivos trazados por la misma entidad y se concibe como un poder de actuación que, al ser ejercido de conformidad con las normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos quedan obligados. Tal potestad se confiere con carácter inalienable, irrenunciable, obligatorio y con reserva de ley y no se limita a la imposición de sanciones, sino que, adicionalmente, implica diseñar e implementar estrategias para lograr que las labores de inspección, vigilancia y control garanticen la preservación del ordenamiento jurídico y el cumplimiento de las competencias de la entidad.

Tal como ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte de la H. Corte Constitucional en sus sentencias C-219 de 2017, C-259 de 2016, entre otras, el ejercicio de la potestad sancionatoria es reglado y no discrecional, lo que implica que su aplicación – cuando a ello haya lugar – resulta ser una obligación de la autoridad a quien se ha investido con dicha potestad, razón por la cual su aplicación, en los casos fijados por la Ley, es imperativa.

Adicionalmente, la sanción administrativa tiene una función disuasoria que al complementarse con otros instrumentos de policía administrativa cumplen la tarea de proteger bienes jurídicos superiores, por lo que la reacción negativa ante un hecho que se considera reprochable por el ordenamiento jurídico es una respuesta que se justifica cuando un ilícito se ha constatado y, es precisamente el castigo, el que evita que éste se reitere o que otros sujetos incurran en la conducta prohibida o no deseada. No hacer uso de la potestad sancionadora, se reitera, genera un efecto no querido: el que se incentiven comportamientos no deseados.

Mediante el artículo 151 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 28 de la Ley 1978 de 2019, se establecieron

“Por la cual se modifica la Resolución MinTIC N° 3160 del 6 de diciembre de 2017”

dentro del procedimiento administrativo sancionatorio aplicable en cada caso, unos factores atenuantes que buscan reconocer las medidas adoptadas por los vigilados, debidamente acreditadas en el curso de las actuaciones administrativas sancionatorias, destinadas a producir el cese de los actos u omisiones que dieron lugar al inicio de la actuación administrativa.

La incorporación legal de atenuantes sancionatorios genera seguridad jurídica, en la medida en que incentiva a que los eventuales infractores decidan adecuar su comportamiento a la ley de manera unilateral y expedita, circunstancia que reconoce y promueve la necesidad de incorporar un trato diferencial a los vigilados, que servirá como referencia al momento de la imposición de las sanciones y, por ende, mantiene incólume el ejercicio de una potestad irrenunciable como la sancionatoria.

El diseño e implementación de acciones que contempla la actual Política Pública de Vigilancia Preventiva, en las que la administración se abstiene de imponer una sanción administrativa a pesar de evidenciar la posible comisión de una infracción por parte del sujeto vigilado, termina por convertirse en un incentivo negativo que resta eficacia a las normas en que se sustentan las facultades de inspección, vigilancia y control, dado que la presentación de acuerdos de mejora cuando ya se ha materializado una infracción normativa, desdibuja y trata el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE), es un organismo internacional que reúne alrededor de 34 países y su finalidad es lograr la coordinación de las principales políticas de los Estados miembros en relación con asuntos económicos y sociales. Colombia fue aceptado como miembro de pleno derecho en abril de 2020 y, por tanto, se considera necesario adoptar sus recomendaciones en materia de inspección, vigilancia y control.

La OCDE, en su *Guía para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones*, incorporó el listado de *Principios sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones (OECD, 2014)*, como herramienta para la evaluación del grado de desarrollo del sistema de inspecciones y de cumplimiento normativo. Dentro de esos principios se encuentra el principio de *Gobernanza transparente*, que establece que la promoción del cumplimiento de las normas debe ser recompensada, lo que a su turno se encadena con los principios de *Promoción del cumplimiento* y *Procesos claros y justos*, que prevén la garantía de reglas y procesos claros para las inspecciones y para la promoción del cumplimiento, mediante el empleo de instrumentos adecuados. Así mismo, se encuentra el principio de *Enfoque de riesgo y proporcionalidad*, cuyo contexto permite establecer que la promoción del cumplimiento de las normas debe basarse en un enfoque de riesgo y ser proporcional a los riesgos involucrados.

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario adecuar la Resolución 3160 de 2017 para determinar los alcances de las acciones implementadas y promover las medidas adoptadas por los vigilados destinadas a generar acciones preventivas y correctivas respecto de sus obligaciones legales, regulatorias, reglamentarias, sin que ello signifique abstenerse de imponer una sanción administrativa, lo que como ya se dijo, desdibuja y trastoca el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración que tiene carácter obligatorio, irrenunciable e inalienable.

De otra parte, la Resolución N° 3160 de 2017 también estableció un reconocimiento diferencial a los vigilados que tengan una cultura del cumplimiento, que se veía reflejado periódicamente en publicaciones en la página web del Ministerio. Sin embargo, el cumplimiento estricto – y valga decir exclusivo – de las obligaciones legales, reglamentarias y regulatorias no puede ser objeto de reconocimiento, porque la observancia del ordenamiento jurídico, en el marco de la prestación del servicio, es deber básico de los vigilados y no un motivo de reconocimiento

La Política establecida mediante la presente resolución, en ningún caso puede implicar el

“Por la cual se modifica la Resolución MinTIC N° 3160 del 6 de diciembre de 2017”

desconocimiento del Régimen de Calidad contenido en el Capítulo 1 del Título V de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual a su vez fue construido con un enfoque orientado a la mejora en la prestación de los servicios de comunicaciones, ni tampoco podrá extender sus efectos a lo previsto en la Ley 679 de 2001 y en el Título 10 del Decreto 1078 de 2015, respecto del Material de Abuso Sexual Infantil (MASI), pues se trata de bienes jurídicos superiores como la libertad e integridad sexual de los menores de edad, que constituyen un área especialmente sensible de la dignidad humana reconocida y amparada jurídicamente con una protección reforzada por tratarse de una “población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”. De igual manera, también se excluyen las obligaciones previstas en la cláusula décima de la prórroga del Contrato Estatal N° 010 de 2004, suscrito entre este Ministerio y ADPOSTAL –hoy 4.72- cuyo objeto consiste en prestar por concesión el servicio de correo, teniendo en cuenta el contenido de la cláusula referida al “RÉGIMEN SANCIONATORIO”, pues se contempla la posibilidad de presentar un plan de mejoramiento respecto de los presuntos incumplimientos a alguno de los indicadores técnicos y de calidad de prestación de servicios exclusivos del OPO.

Finalmente, teniendo en cuenta que el artículo 5° de la Resolución N° 3160 de 2017 estableció que se podría crear el Comité Preventic, con la finalidad de estudiar y analizar el tema, así como recibir asesoría sobre la implementación de la Política, actualmente dicho Comité no ha sido creado. Así las cosas, en tanto que la presente Resolución modificará la estructura de la Política Pública Preventic y a la fecha no se ha vislumbrado la necesidad de crear el comité, resulta pertinente derogar su contenido.

De conformidad con lo previsto en el capítulo 3 de la Resolución MinTIC 2871 de 2017, las normas de que trata la presente Resolución fueron publicadas en el sitio web del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones durante el período comprendido entre el ----- y el ----- de ----, con el fin de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas por parte de los ciudadanos y grupos de interés.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. Modificación del artículo 1 de la Resolución 3160 de 2017. Modificar el artículo 1 de la Resolución N° 3160 de 2017, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 1. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente Resolución tiene por objeto establecer la Política Pública de Vigilancia Preventiva -PreventIC- por medio de la cual el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contribuirá al crecimiento y desarrollo del sector y al bienestar de los usuarios, para optimizar la prestación de los servicios y prevenir la ocurrencia de incumplimientos de las obligaciones legales, reglamentarias, regulatorias, mediante la integración de los actores del sector, el fomento de la cultura del cumplimiento, la modernización, aplicación y divulgación de instrumentos de vigilancia y control, así como promover las acciones correctivas que adopten los vigilados.

La implementación de las acciones y medidas previstas en la presente Resolución no releva ni excluye la aplicación obligatoria, irrenunciable e inalienable de la potestad sancionatoria, en la forma y bajo las condiciones previstas en la Ley 1341 de 2009 y sus decretos reglamentarios, en la Ley 1369 de 2009 y sus decretos reglamentarios, o aquellas que las modifiquen, deroguen o subroguen.”

ARTÍCULO 2. Modificación del artículo 2 de la Resolución 3160 de 2017. Modificar el artículo 2 de la Resolución N° 3160 de 2017, el cual quedará así:

“Por la cual se modifica la Resolución MinTIC N° 3160 del 6 de diciembre de 2017”

“ARTÍCULO 2. DEFINICIONES. Para efectos de interpretación del presente acto administrativo se adoptan las siguientes definiciones:

Autoevaluación: Proceso voluntario y autónomo, mediante el cual el vigilado evalúa y pondera su nivel de cumplimiento de las obligaciones legales, reglamentarias y/o regulatorias, con el fin de identificar fortalezas, riesgos de que se materialicen no conformidades y no conformidades. Tal ejercicio unilateral puede realizarse cuantas veces lo considere necesario el vigilado, de cara a garantizar la prestación del servicio en las condiciones exigidas por la ley y el reglamento.

Compromiso: Documento presentado y suscrito por el vigilado que contiene las acciones preventivas o correctivas, según el caso. El compromiso, para los efectos de la presente resolución, será radicado por el vigilado en los tiempos y bajo las condiciones establecidas en el presente acto. En caso de tratarse de una persona jurídica, el compromiso deberá estar suscrito por el representante legal.

Acción preventiva: Acción tomada para eliminar el riesgo de que se materialice una no conformidad.

Acción correctiva: Acción tomada para superar una no conformidad.

No conformidad: Presunto incumplimiento a las obligaciones legales, reglamentarias y/o regulatorias.”

ARTÍCULO 3. *Modificación del artículo 3° de la Resolución 3160 de 2017.* Modificar el artículo 3° de la Resolución 3160 de 2017, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA POLÍTICA PÚBLICA DE VIGILANCIA PREVENTIVA. La Política Pública de Vigilancia Preventiva se orienta en los principios consagrados en la Constitución Política y en los artículos 3o de la Ley 1437 de 2011, 2o de la Ley 1341 de 2009 y 1o de la Ley 1369 de 2009.”

ARTÍCULO 4. *Modificar el artículo 4° de la Resolución 3160 de 2017.* Modificar el artículo 4° de la Resolución 3160 de 2017, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 4o. CRITERIOS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE VIGILANCIA PREVENTIVA. La Política Pública de Vigilancia Preventiva se desarrollará con la observancia de los siguientes criterios:

4.1. Integración de actores: El Ministerio mantendrá comunicación permanente con los vigilados y demás grupos de interés, con el fin de identificar problemáticas relacionadas con la prestación del servicio y la puesta en marcha de soluciones concretas. Los vigilados deberán participar activamente en las jornadas y demás actividades que se realicen para este efecto.

4.2. Recomendación: El Ministerio podrá emitir comunicaciones escritas dirigidas a los vigilados, en las cuales se les oriente sobre el cumplimiento de sus obligaciones legales, reglamentarias o regulatorias.

4.3. Divulgación y capacitación permanente: El Ministerio promoverá de manera permanente el conocimiento de las obligaciones legales, reglamentarias y regulatorias a cargo de los vigilados.

4.4. Acceso a herramientas de consulta de información: El Ministerio pondrá a disposición de los vigilados herramientas para facilitar el acceso a la información confiable, asequible y actualizada respecto del cumplimiento de las obligaciones legales, reglamentarias y regulatorias.

4.5. Actualización normativa: El Ministerio revisará y actualizará en forma gradual y permanente la

“Por la cual se modifica la Resolución MinTIC N° 3160 del 6 de diciembre de 2017”

normativa asociada a la prestación de los servicios a cargo de sus vigilados, con el fin de buscar su pertinencia con el desarrollo tecnológico del sector y las necesidades de los usuarios.

4.6. Revisión de la información: El Ministerio realizará la revisión de la información disponible para determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones a cargo de los vigilados y les podrá recomendar tomar las medidas que consideren adecuadas y necesarias, según el resultado obtenido.

4.7. Autoevaluación: En esta fase, el vigilado, tomando como parámetro la matriz de obligaciones que rige la prestación del servicio respectivo, procederá de manera voluntaria y autónoma, a evaluar y ponderar su nivel de cumplimiento respecto de las obligaciones legales, reglamentarias y regulatorias, de manera total o parcial, con el fin de identificar sus fortalezas y sus no conformidades potenciales y/o detectadas.

4.8. Compromiso: Como resultado de esta autoevaluación, el vigilado podrá remitir al Ministerio, el compromiso frente las acciones preventivas o correctivas, según el caso. El compromiso deberá cumplir con los siguientes requisitos:

4.8.1. Oportunidad: El compromiso podrá ser presentado por una sola vez durante cada semestre del año, con una diferencia mínima de 6 meses entre uno y otro.

4.8.2. Plazo: La ejecución de las acciones preventivas o correctivas que determine el vigilado en el compromiso no podrá exceder de tres (3) meses, contados desde el momento en que el compromiso es radicado ante este Ministerio.

4.8.3. Contenido: El documento deberá describir el alcance de la autoevaluación en lo atinente a la metodología utilizada, el tipo de obligaciones contenidas, el resultado de la autoevaluación, las acciones – preventivas y/o correctivas, según corresponda - a implementar y el plazo de ejecución.

4.8.4. Cumplimiento: El compromiso debe cumplirse y ejecutarse satisfactoriamente, de conformidad con el plazo y las acciones preventivas y correctivas formuladas por el vigilado.

4.8.5. Remisión del resultado del compromiso: En caso de que, de manera voluntaria, el vigilado haya optado por remitir a este Ministerio un compromiso con las acciones preventivas o correctivas, según el caso, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la culminación del plazo de ejecución del compromiso, deberá enviar al Ministerio un informe con los soportes que evidencien el resultado de las acciones a las que se comprometió y los respectivos soportes.

4.9 Verificación del resultado del compromiso:

4.9.1 El Ministerio podrá, a través de visitas de verificación, in situ o de manera remota, integrales o por aspecto, obtener el conocimiento respecto de la situación jurídica, de riesgos, técnica, administrativa, financiera y/o contable del vigilado y hacer seguimiento a los compromisos presentados por los vigilados.

4.9.2. El Ministerio evaluará el documento y los soportes remitido por el vigilado que evidencie el resultado del compromiso.

4.9.3 Si como consecuencia de la verificación o evaluación efectuada por el Ministerio se evidencia el presunto incumplimiento, total o parcial, del compromiso respecto de las acciones preventivas formuladas por el vigilado, pero aún no se materializan como no conformidades, el Ministerio dejará constancia en el acta de visita o informará lo pertinente al vigilado, según el caso. Además, el Ministerio, en caso de proceder, impartirá las recomendaciones encaminadas a orientar al vigilado sobre el cumplimiento de las

“Por la cual se modifica la Resolución MinTIC N° 3160 del 6 de diciembre de 2017”

obligaciones.

4.9.4. Si como consecuencia de la verificación o evaluación efectuada por el Ministerio se evidencia el presunto incumplimiento, total o parcial, del compromiso respecto de las acciones preventivas formuladas por el vigilado, pero ya se materializaron como no conformidades, el Ministerio dejará la anotación de las obligaciones legales, reglamentarias y regulatorias presuntamente incumplidas, en el acta de visita o informará lo pertinente al vigilado, según el caso. Además, el Ministerio, en caso de proceder, impartirá las recomendaciones encaminadas a orientar al vigilado sobre el cumplimiento de las obligaciones.

4.9.5. Si como consecuencia de la verificación o evaluación efectuada por el Ministerio se evidencia el presunto incumplimiento, total o parcial, del compromiso respecto de las acciones correctivas formuladas por el vigilado, el Ministerio dejará la anotación en el acta de visita frente a las obligaciones legales, reglamentarias y regulatorias presuntamente incumplidas o informará lo pertinente al vigilado, según el caso. Además, el Ministerio, en caso de proceder, impartirá las recomendaciones encaminadas a orientar al vigilado sobre el cumplimiento de las obligaciones.

4.9.6. Si como consecuencia de la verificación o evaluación efectuada por el Ministerio se evidencia el cumplimiento del compromiso, respecto de las acciones preventivas y/o correctivas formuladas por el vigilado, el Ministerio dejará constancia en el acta de visita o informará lo pertinente al vigilado, según el caso.

4.10. Efectos del presunto incumplimiento del compromiso:

4.10.1. Cuando se trate de presunto incumplimiento del compromiso respecto de las acciones preventivas formuladas por el vigilado, pero aún no se materializan como no conformidades, el Ministerio, en caso de proceder, impartirá las recomendaciones encaminadas a orientar al vigilado sobre el cumplimiento de las obligaciones legales, reglamentarias o regulatorias.

4.10.2. Cuando se trate de presunto incumplimiento del compromiso respecto de las acciones preventivas formuladas por el vigilado, pero ya se materializaron como no conformidades, el Ministerio, en cumplimiento de la potestad sancionatoria establecida en las leyes 1341 y 1369 de 2009, si encuentra mérito suficiente, iniciará las actuaciones administrativas sancionatorias a que haya lugar.

4.10.3. Cuando se trate de presunto incumplimiento del compromiso respecto de las acciones correctivas formuladas por el vigilado, el Ministerio, en cumplimiento de la potestad sancionatoria establecida en las leyes 1341 y 1369 de 2009, si encuentra mérito suficiente, iniciará las actuaciones administrativas sancionatorias a que haya lugar.

4.11. Efectos del cumplimiento del compromiso frente a acciones correctivas: Cuando se trate de no conformidades que se concretan en una presunta infracción, frente a las cuales el vigilado ha dado cumplimiento a todas las acciones correctivas que ha formulado, el Ministerio, en el marco de las actuaciones administrativas a que haya lugar, en el evento de encontrarse acreditado que se superó la no conformidad, podrá imponer una sanción de amonestación o aplicar una reducción de la multa en las tres cuartas partes, en los términos previstos en el numeral 1° del párrafo 1° del artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 28 de la Ley 1978 de 2019 y del numeral 1° del artículo 39 de la Ley 1369 de 2009, modificado por el artículo 151 de la Ley 1955 de 2009, según corresponda, previo el análisis jurídico correspondiente.

PARÁGRAFO: Lo previsto en la presente Resolución no aplica para las obligaciones previstas en el Régimen de Calidad contenido en el Capítulo 1 del Título V de la Resolución CRC 5050 de 2016, o en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. Así mismo, se excluye de la aplicación de la presente

“Por la cual se modifica la Resolución MinTIC N° 3160 del 6 de diciembre de 2017”

Resolución lo previsto en la Ley 679 de 2001 y en el Título 10 del Decreto 1078 de 2015, respecto del Material de Abuso Sexual Infantil (MASI), o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. También se excluyen las obligaciones previstas en la cláusula décima de la prórroga del Contrato Estatal No 010 de 2004, suscrito entre este Ministerio y ADPOSTAL –hoy 4.72- cuyo objeto consiste en prestar por concesión el servicio de correo, cláusula referida al “RÉGIMEN SANCIONATORIO”, o cualquiera que lo modifique, sustituya o subrogue.

ARTÍCULO 5. Adición del artículo 5A a la Resolución 3160 de 2017. Agregar el artículo xx 5A a la Resolución N° 3160 de 2017, que quedará de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 5A. Ajustes al Modelo de Vigilancia y Control. El Ministerio realizará los ajustes al modelo de inspección, vigilancia y control para adaptarlo a la presente política y definirá las interacciones de las diferentes dependencias para garantizar la efectividad de la misma.”

ARTÍCULO 6. Régimen de transición. Las acciones y políticas implementadas, así como los Acuerdos de Mejora que hubieren sido aprobados y suscritos con el Ministerio de TIC hasta la entrada en vigencia de la presente Resolución, continuarán generando los efectos previstos en la Resolución N° 3160 de 2017.

ARTÍCULO 7. Vigencia, modificaciones y derogatorias. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y modifica los artículos 1, 2, 3 y 4, adiciona el artículo 5A y deroga el artículo 5, de la Resolución N° 3160 de 2017.

Dada en Bogotá D.C. a los

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

KAREN ABUDINEN ABUCHAIBE

Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Aprobó: Iván Antonio Mantilla Gaviria - Viceministro de Conectividad y Digitalización
Revisó: Manuel Domingo Abello Alvarez – Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: Gloria Liliana Calderón Cruz - Directora de Vigilancia y Control