

DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FACULTAD DE DERECHO

Conversatorio: “25 años de las Comisiones de Regulación. Su importancia para Colombia, para la creación de mercados de servicios públicos y telecomunicaciones”¹

Viernes, 17 de mayo de 2019

AGENDA DEL EVENTO

1. Instalación

Palabras de la Doctora Adriana Zapata Giraldo

Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

2. Panel: Comisiones de Regulación creadas en virtud de la Ley 142 de 1994. Balance de su gestión y nuevos desafíos.

Panelistas:

- Dr. Germán Eduardo Osorio, Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA

- Dra. María Claudia Álzate Monroy – Experta Comisionada; Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.

- Dr. Carlos Lugo Silva, Director de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC

Moderador: Dr. Carlos Alberto Atehortúa, Docente de la Universidad Externado de Colombia

3. Conferencia: Transición institucional. CMT a CNMC. 20 años de liberalización de las telecomunicaciones en España.

Conferencista: Dr. Tomás de la Quadra-Salcedo, Catedrático Emérito de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Se trata de un ejercicio académico realizado por los alumnos de la Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Regulación y Gestión de las Telecomunicaciones, promoción 2018-2020, en el que se trató de ser lo más fiel posible a las intervenciones. La relatoría fue realizada por los siguientes alumnos: Alzate Duque, Natalia María; Alvarado Rojas, Sandra Beatriz; Argüello Rubiano, Susan Yulay; Bueno Arévalo, Olga Yarina; Cabarcas Suárez, Jaime Andrés; Casanova Klinger, Laurent Marcela; Foliaco Mora, Gladys Carolina; Gallego Hernández, Gustavo Alejandro; Gil Gómez, Vanessa; González Bejarano, Diana Yisela; López Amarís, Efraín Armando; Molano Arévalo, Diego Fernando; Montes Ramírez, Julián Andrés; Parra Londoño; Miller Antherson; Pérez Pachón Danna Esmeralda; Ramírez Reátiga, Juan José; Sinisterra Bonilla, Aura Johana y Villar Cleves Guillermo.

4. Panel: Ruta regulatoria para abordar los retos y oportunidades de la economía digital. España y Colombia

Panelistas:

- Dr. Tomás de la Quadra-Salcedo, Catedrático Emérito de la Universidad Carlos III de Madrid.
- Ing. Juan Manuel Wilches Duran, Experto Comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC.

Moderador: Dr. Édgar González López, Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia.

INTRODUCCIÓN

Dan apertura al evento Adriana Zapata, Decana facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Luz Mónica Herrera, Directora del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la misma Universidad, dando una especial bienvenida al doctor Tomás de la Quadra Salcedo, catedrático emérito de la Universidad Carlos III de Madrid.

El propósito del conversatorio era el de revisar el papel de las Comisiones de Regulación como organismos creados para defender los derechos de los usuarios y garantizar la competencia según la Ley 142 de 1994.

El primer panel tiene como objetivo c, analizar el papel de las Comisiones de Regulación como instrumentos para fomentar los mercados de servicios públicos, elementos en común que conservan las Comisiones de Regulación en el País y las nuevas herramientas con que deberían contar teniendo en cuenta la evolución de dichos mercados.

1. Panel: Comisiones de Regulación creadas en virtud de la Ley 142 de 1994. Balance de su gestión y nuevos desafíos.

Panelistas:

- Dr. Germán Eduardo Osorio Cifuentes, Director ejecutivo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA.

- Dra. María Claudia Alzate Monroy, Experta comisionada; Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG.
- Dr. Carlos Lugo Silva, Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC.

Moderador:

- Dr. Carlos Alberto Atehortúa, Docente de la Universidad Externado de Colombia

Antes de dar inicio al panel, el moderador Dr. Atehortúa, realizó una introducción general de las temáticas a desarrollar, buscando de esta manera dar una visión general sobre lo que se ha entendido por regulación y la evolución del concepto, a través de los pronunciamientos de las altas cortes sobre el particular, exponiendo una visión sobre el pasado y elaborando un panorama sobre el futuro.

Preció que el concepto de regulación se ha desarrollado en tres etapas, que procedió a explicar:

1) Momento de optimismo: Este momento se da con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, particularmente en lo consagrado artículo 365, donde se empleó el término por primera vez de “regulación” para los servicios públicos para referirse a la tarea de control y vigilancia del Estado, y fue el momento de entender y comprender el concepto de “regulación”. En ese momento quienes fueron docentes de Derecho Administrativo, acogieron la tesis más avanzada de la antigua Corte Suprema de Justicia, especialmente la postura del Doctor De la Cruz que reconocía que existían unos actos muy especiales de intervención del Estado en la economía, con fundamento en el Decreto 032 y ese tipo de Decretos, que no eran reglamentarios especiales ni extraordinarios sino que incorporaban características muy especiales; y conjuntamente con leyes cuadro, tenían un alcance de legislación secundaria. En la primera idea que acoge, además copiada del modelo angloamericano, se pensaba sobre la facultad amplísima de la regulación, donde el regulador resultaba siendo casi un legislador, sin embargo, la gran pregunta que surgía frente al tema era: ¿Cómo legitimarlo?, para dar respuesta a este interrogante, se planteó la idea de hacerlo mediante la democracia y participación, siendo la sociedad quien constituye su derecho.

En ese momento se pensó que la regulación iba a ser muy poderosa en el país, no obstante, esta primera etapa llega a su fin Con la sentencia (n. Sentencia Mp) de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual se llamó la atención sobre el tema recalcando que el concepto era una invención de los teóricos del Derecho Económico, que no existía en el Derecho administrativo Colombiano y por lo tanto declaró inconstitucional el artículo 68 de la Ley 142 de

1992, momento dramático teniendo en cuenta que se dejaron de aplicar normas del sector de telecomunicaciones, trayendo un drástico impacto para todo el sector.

Surgen entonces varios interrogantes relacionados con la definición de la regulación, es decir, ¿Qué es entonces la regulación?, ¿Cuál es su alcance?, ¿cuál es la potestad reglamentaria del ejecutivo?

2) Etapa del Pesimismo: En 1998 nuevamente la Corte Suprema de Justicia señaló que la regulación sí existe, pero con unos límites muy claros. Partiendo de esta afirmación, se dio inicio al debate acerca de si las competencias regulatorias son competencias delegadas del Presidente, y por lo tanto, cuando una Comisión actúa lo hace como si actuara el Presidente o si es una función adscrita por la Ley a una Unidad Administrativa Especial, siendo una función “*capitis deminutio*” frente a la función reglamentaria ejecutiva del Estado. En esta etapa el debate se alimentó y la regulación fue retomando una buena posición, lo cual coadyuvó para la elaboración de la Sentencia C-1161 del 2000.

3) La tercera etapa: Corresponde a la etapa actual, donde la discusión se ha centrado en analizar desde la perspectiva jurídica cual es el alcance de la Regulación y las bases para el nuevo debate, este alcance lo ha esbozado recientemente el Consejo de Estado mediante un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 5 de marzo de 2019, orientado a señalar que bajo el anterior contexto la regulación desborda la simple acepción de producción de normas jurídicas, por lo que, bajo un plano específico, debe estudiarse como una forma de intervención del Estado en los sectores económicos.

Con la regulación se busca corregir fallas del mercado, alcanzar los fines del Estado, maximizar el bienestar de los usuarios, garantizar la libre competencia, entre otros; con este discurso, el moderador abre la discusión sobre el alcance de la Regulación en Colombia.

La primera pregunta dirigida a los panelistas se expone en los siguientes términos: ¿Se estiman que los instrumentos jurídicos, técnicos y logísticos con los que cuentan las comisiones, además de su encuadramiento como una Unidad Administrativa Especial es suficiente para alcanzar su cometido de protección de la competencia, reducción del monopolista y demás objetivos asignadas a ellas? Esto partiendo de la dependencia que tienen las comisiones del presupuesto nacional y la presencia de cada ministro en las comisiones de regulación.

La Dra. María Claudia Álzate Monroy – Experta Comisionada; Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, afirmó que las Leyes 142 y 143 de 1994 son robustas y han permitido esclarecer todos los medios para ejecutar la regulación, por lo que se tiene un adecuado precedente como marco jurídico. Ahora bien, atendiendo a las recomendaciones de la OCDE es importante que el regulador adquiera más independencia; los ministros de turno pueden influir o no en las decisiones dependiendo de su posición e incluso, puede existir la influencia del Presidente de la República del momento. La dependencia presupuestal es una forma de presión del gobierno, muchas veces el presupuesto se demora en su aprobación y los comisionados quedan supeditados a muchos factores.

Es importante resaltar que existe un acuerdo tácito, la Corte aclara que las comisiones están supeditadas a la Política Pública determinada por el Gobierno; esto en ocasiones va en contravía con las acciones y objetivos de las comisiones y puede chocar los objetivos de la misma.

Así las cosas, se considera que se están realizando los ejercicios y que en el sector energético ha funcionado. Frente a la universalidad del servicio, la confiabilidad, evitar problemas de racionamiento, pero no realizar racionamientos fijos.

Interpela el moderador expresando que cuando se estaba elaborando la Ley 142 nos preguntamos ¿Debe o no estar el ministro? Hoy, 25 años después, se replica la misma pregunta.

La Dra. María Claudia responde que sería ideal la independencia total de las comisiones, razón por la cual no resultaría pertinente la intervención de los ministros en las comisiones, esto con el objetivo de poder dedicarse de lleno al desarrollo de sus funciones; por ejemplo, en cuanto al tema tarifario, el gobierno debería evitar su intervención. Ahora bien, también existe un lado bueno de que esté el ministro, y consiste en que la presencia de un ministro le da más peso a sus decisiones; además, el hecho de que los comisionados tengan un periodo fijo les permite gozar de mayor autonomía y libertad en materia técnica y económica teniendo en cuenta que no existe subordinación al ministro.

Toma la palabra el Dr. Germán Eduardo Osorio, Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, quien se refiere a cinco puntos de acuerdo a las intervenciones previas:

1. El avance en la evolución de las Comisiones de Regulación ha sido muy beneficioso, esa nueva estructura en el balance en la prestación de servicios regulados ha sido significativo para el país. Haber cambiado la estructura monopólica de la anterior Constitución y haber permitido que los particulares participen en la prestación de los servicios públicos ha sido un reto bastante grande; sin embargo, hay un problema estructural en nuestra Constitución en el sentido de que si en ella se le dio una autonomía plena al Banco de la República con su Junta Directiva como órgano regulador, debió otorgársele esa misma autonomía y elementos a las comisiones de regulación u otras autoridades regulatorias. La falencia radicó desde la estructura que ordenó la Carta Política; así pues, creó las Comisiones de Regulación, pero nos quedamos cortos en cuanto a autonomía e independencia debido a la presencia del Gobierno en los organismos regulación, lo cual le quita la naturaleza de regulador nato que debería tener.

No obstante, lo que se ha logrado en materia de servicios públicos es notorio, es ejemplo a nivel internacional, y está siendo referente para otros países. Es importante resaltar que en 25 años se han dado grandes logros en materia de cobertura, calidad, continuidad del servicio, cambios significativos en materia de prestación de servicios públicos de cara al usuario, en materia de energía- gas, saneamiento y agua potable, además de las comunicaciones.

2. En nuestro sistema jurídico buscamos siempre referencia de otros países, pero debido a las características de Colombia y sus condiciones singulares no se adopta la tarea de manera completa; uno de los factores fundamentales es definir la naturaleza de la regulación, tener claridad de su ubicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, estructura y vinculación. Todo lo anterior, tiene como consecuencia la falta de uniformidad de los órganos regulatorios, generando inseguridad jurídica.
3. En cuanto a la pregunta planteada por el Dr. Atehortúa, si existen herramientas regulatorias, pero se considera que la regulación ha venido evolucionando y adaptándose a los requerimientos del sector.

En 1994 el país era diferente al de hoy, la Ley 142 fue una ley muy bien estructurada, que ha sido estable y beneficiosa para el sector, pero para la actualidad algunos aspectos deben ser revisados y ajustados. En materia de servicios públicos, la situación de Colombia ha cambiado y muchas circunstancias de estos, particularmente en materia de saneamiento básico y alcantarillado, con relación a la competencia, la Ley 142 habla de áreas de servicio exclusivo, que la ley ha valorado como tal, pero no existe posibilidad de libertad de competencia porque cuando se analiza el tema hay operadores establecidos generando barreras de entrada, y para los que logran entrar se vuelve muy complicada la operación teniendo en cuenta las condiciones del mercado.

4. En materia de agua y saneamiento básico, para el 2017- 2018 se expidieron nuevos marcos en materia tarifaria. La regulación es dinámica, y si bien la ley establece la metodología para establecer tarifas cada cinco años, en muchos casos ha sobrepasado el término, lo cual resulta inconveniente teniendo en cuenta que las condiciones del mercado cambian y es tarea del ente regulador adaptarse y regular basado en las condiciones de mercado. La participación ciudadana en la función regulatoria ha logrado un gran avance a partir de la implementación del análisis de impacto normativo, el cual ha permitido una legitimación regulatoria y se construya de forma más eficaz a las condiciones del sector regulado.
5. En cuanto a la participación del Gobierno en las Comisiones de Regulación, es parte del cómo está estructurado constitucional y legalmente el esquema. Las comisiones de regulación por su naturaleza deben ser totalmente autónomas, carecer de cualquier injerencia de tipo político, y tienen que ajustarse a criterios técnicos y económicos, además contar con una buena estructura jurídica. La participación del gobierno es un elemento que produce que las decisiones no se acerquen tanto a esas características, sin embargo, el proceso a donde vamos muy seguramente va a conducir a que los reguladores tengan más independencia y autonomía cuando sustraigan de sus órganos colegiados a los integrantes del ente gubernamental.

Por su parte, el - Dr. Carlos Lugo Silva, Director de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, manifestó que es un poco complejo dar una respuesta a lo planteado, más aún cuando ya los demás intervinientes han dado respuestas tan completas y acertadas,

sin embargo, se realizan dos precisiones acerca de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, toda vez que esta tiene la posibilidad de recaudar su presupuesto y obtener financiación por medio de la contribución que hacen los regulados, lo cual permite no depender del presupuesto nacional; no obstante, esta situación tiene también sus bemoles porque se aplican los techos fiscales y normas de austeridad.

La CRC tiene un fondo con un rezago presupuestal que no puede utilizarse autónomamente, no pasa la siguiente vigencia fiscal como se debería y se está trabajando para que los excedentes puedan utilizarse a través del proyecto de modernización del sector TIC. A pesar de ello, existen otros aspectos que si bien no afectan totalmente la independencia técnica que tiene la CRC si tienen incidencia, uno de ellos es la presencia no solo del Ministro, sino la presencia del Director de Planeación Nacional, que hace parte de las sesiones.

Con relación a la independencia hay aspectos positivos para resaltar frente a la presencia del Ministro en la Comisión, toda vez que permite estar cerca a la política pública y ser complemento de ella a través de la regulación, como es el caso de la conectividad en 2016, que permitió que se flexibilizara el tema de calidad en 876 municipios para fomentar la entrada del servicio, siendo este un ejemplo de la coherencia entre política pública y la capacidad de intervenir en la economía que tiene la regulación, sin embargo, el Dr. Lugo es totalmente creyente que una mayor independencia es mucho mejor, la OCDE lo ha recomendado y evitaría cualquier injerencia que en algún momento el ministro de turno pudiere presentar.

Como anécdota, el Dr. Lugo cuenta que el proyecto de ley proponía inicialmente una Comisión sin Ministro, sin embargo, desde el Congreso se incluyó nuevamente la participación de esta figura, lo cual demuestra un desinterés de la CRC de dotarlo de un poco de parcialidad.

Finalizadas las respuestas al primer interrogante, el Dr. Carlos Alberto trae a la memoria que cuando se elaboró la Ley 142 se realizaron discusiones que afloraron durante la etapa de su aplicación. Desde un primer momento se planteó que las comisiones serían técnicas en economía, sin embargo, se considera que el tecnicismo también debe ser social. ¿Es conveniente seguir entendiendo que la función de regulación es simplemente técnica en el mercado y la economía, o además existen componentes sociales? Por ejemplo, la Corte Constitucional ya no habla de mínimo vital en agua sino en servicios públicos. Además, se debe

precisar si las comisiones pueden continuar su actividad sin tener en cuenta componentes sociales y ambientales.

Este ciclo de respuestas es iniciado por el Dr. Lugo, quien manifestó que, en temas de cobertura, para que no exista una diferencia entre lo urbano y lo rural, es necesario establecer una regulación con enfoque diferencial. Por lo tanto, el componente social es muy importante. Otro aspecto importante es desarrollar un despliegue de barreras en materia de infraestructura, de manera que los operadores lleguen a ciertas zonas que hoy no son de fácil acceso para ellos toda vez que se encuentran muchas barreras administrativas y se debe entrar a solicitar conceptos de los diferentes entes. Por otro lado, en cuanto a la homologación de terminales móviles, se propende porque los equipos no generen un daño a la salud, situaciones que demuestran que el componente social siempre debe estar presente.

De otra mano, el Dr. Germán rememora que cuando llegó a la Comisión de Regulación, la actividad que esta debía realizar el regulador debería tener una connotación más social, las personas deben entender y participar en la construcción de la regulación, teniendo en cuenta que, en el sector de aguas, existe alrededor de un número aproximado 3000 prestadores de servicios. Cuando han surgido problemas tarifarios en las regiones, han sido por falta de entendimiento y no se debe llegar a aplicar solamente una fórmula tarifaria, sino que se debe hacer entendible la metodología de la misma.

Para construir una buena regulación, y aplicable (nada se obtiene de una regulación que no se aplique), se debe propender por disminuir las asimetrías de la información, por lo tanto, se debe buscar un buen sistema de información. Es una tarea de La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, vigilar e inspeccionar a los prestadores de servicios públicos, por lo que debe coadyuvar a que exista un proceso de información.

Las decisiones de nuestro esquema regulatorio tienen una potestad discrecional, y sus decisiones son vinculantes.

Finalmente, la Dra. María Claudia indicó que el aspecto técnico y económico en materia de energía es bastante fuerte, pero cuando se empiezan a involucrar las tarifas, se debe tener en cuenta el aspecto social. Es vital que los precios sean eficientes y se puedan cumplir por parte de los usuarios, por lo que el componente social debe permanecer en las decisiones.

En el sector eléctrico hay una serie de fondos de destinación social a los cuales los usuarios contribuyen permitiendo la garantía de la electrificación rural y cubrir los servicios en zonas subnormales. Es una mezcla entre lo político, social y lo técnico. Además, hay una regla donde a las poblaciones vulnerables no se les puede suspender el servicio, sin embargo, esta regla debería traer consigo una respuesta sobre quién pagará por esos servicios, pues las empresas siempre persiguen un fin económico, y esa es una tarea que se acoge de la regulación, y no se debe dejar en cabeza de un privado.

Desde el punto de vista ambiental, la Comisión siempre tuvo el debate sobre si se tenían competencias ambientales, no obstante, por motivos endógenos al ejercicio de la regulación, se empezaron a incluir costos derivados de los fenómenos ambientales producto de la ejecución de proyectos y prestación del servicio. La comisión ha hecho un acercamiento determinante con el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y el ANLA, con el objetivo de analizar unos costos racionales que el usuario final pueda cubrir de acuerdo con su poder adquisitivo.

Para culminar este segundo ciclo de respuestas, el Moderador cuestiona a los asistentes al evento sobre el momento en que se elaboró la Ley 142, para este entonces surgió la discusión de la conveniencia de separar las funciones de regulación y control, ¿Es conveniente o procedente la persistencia de esas funciones en las entidades encargadas?

Uno de los participantes expone que, en el caso colombiano, en su momento la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se encargó de la regulación, la vigilancia y el control, hoy no es desacertado que la regulación, vigilancia y control de los servicios públicos la continúe realizando la Superintendencia de Servicios Públicos, ya que esta Superintendencia ha dado en alguna medida, soluciones ágiles y acertadas, de esta manera podría darse producirse ahorro público.

Como última pregunta a los panelistas, el moderador expresa que, en relación a la conveniencia de las funciones de regulación, control y vigilancia que posee la Superintendencia de Servicios Públicos, estos que consideraciones tienen con relación a la conveniencia de que la superintendencia continúe ejerciendo dichas funciones, además ¿cuál es el reto para las comisiones de regulación?

Según el Dr. Carlos Lugo, en el caso del sector de telecomunicaciones donde la regulación *ex ante* se encuentra en manos de la CRC como órgano técnico, es un hecho que genera de alguna manera independencia a la hora de hacer regulación; sin embargo, en temas de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio suele intervenir de una manera diferente a como lo interpreta y ejecuta la CRC.

De acuerdo con su opinión, en ocasiones la creación de muchas entidades para un mismo fin, no es algo necesario, y en el caso de comunicaciones hay una multitud de entidades que regulan un mismo tema, por un lado se encuentra el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MINTIC, la Agencia Nacional del Espectro - ANE, la Agencia Nacional de Televisión - ANTV, la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC y la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, todas tomando decisiones de calidad del servicio y competencia, temas como esos, indiscutiblemente tienen que simplificarse.

Las agencias que regulan de manera *ex ante* (caso CRC en telecomunicaciones), tienen el deber de investigar y analizar los nuevos desarrollos y posibles escenarios regulatorios, por ejemplo, la Comisión de Regulación de las Comunicaciones viene realizando estudios, concretamente para los mercados en que operan las empresas OTT (Over the Top), solo de esa manera se puede pensar en una regulación coherente, simplificada y eficiente.

La Dra. María Cladudía manifestó que las funciones de regulación, control y vigilancia deberían llevarse a cabo por una misma entidad, teniendo en cuenta que la división entre los aspectos de regulación y los de vigilancia y control, genera una mayor especialidad en la labor.

Sin embargo, es también necesario que las funciones de regulación y control, estén en manos de una misma entidad, teniendo en cuenta, que para el caso de la CRA y la CREG, tendrían estas que necesitar de un tamaño considerablemente grande, en consideración de la complejidad de los temas en competencia. Lo anterior se fundamenta bajo las diferencias relevantes que frecuentemente surgen entre la Superintendencia de Servicios Públicos y la CREG.

En el sector de gas y energía, a pesar de las diferencias entre las competencias de regulación, control y vigilancia, se ha trabajado en sinergia, esto ha conllevado a un avance considerable en una mejor prestación de los servicios.

Por último, el Dr. Germán Osorio considera que la separación de funciones regulatorias y de vigilancia y control, son más garantistas si se realizan de manera independiente, de hecho, así debe ser por mandato constitucional; hay que otorgar funciones más robustas a las entidades que regulan y realizan la vigilancia y control, especialmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Es imperativo analizar las necesidades de cada mercado, no es conveniente y/o racional realizar comparaciones de las funciones que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con Superintendencias como la Financiera. Las entidades que ejercen las funciones vigilancia y control, deben tener mayor grado de discrecionalidad y tener mayor número de funcionarios, para que así puedan cumplir sus objetivos funcionales.

Por otro lado, a manera de conclusión, en función de las necesidades y requerimientos que la regulación debe tener hoy día, hay muchos temas específicos como el acceso a zonas determinadas, que deben ser incluidos en la regulación, es decir, cada vez se presentan situaciones meritorias de intervención más específicas, por lo tanto hay que hacer una revisión normativa y adaptarla a las actuales necesidades.

En un escenario de largo plazo, hay que propender por tener una regulación flexible y cambiante si es necesario. En el caso de la CRA, la regulación que se realice y se estudie debe ser coherente con la oferta hídrica que hoy el país posee; adicionalmente, la regulación especialmente *ex ante* de este sector, debe ser acorde con los Objetivos para el Desarrollo Sostenible para 2030.

Para finalizar este panel el Dr. Atehortúa concedió la palabra a tres asistentes al conversatorio, con el fin de enriquecer la discusión:

El Dr. Santaella indicó estar de acuerdo con la postura de Atehortúa acerca de la lamentable subordinación jerárquica de la regulación a la Ley y al Decreto Reglamentario desde el punto de vista dogmático; sin embargo, en esta ocasión él quiere formular la pregunta a los panelistas acerca de si ¿en la práctica esa subordinación es una camisa de fuerza y termina restringiendo la capacidad técnica y la discrecionalidad tan amplia con que cuentan las Comisiones de Regulación?. El Dr. Santaella habla desde su experiencia como Magistrado auxiliar del Consejo de Estado en la la Sección Primera, donde al revisar normas de regulación era evidente el

carácter técnico de las mismas, por lo tanto, puntualiza la pregunta hacia los panelistas en indagar si ¿efectivamente se sienten limitados y subordinados a la Ley o se sienten cómodos con la discrecionalidad y son conscientes de la amplia libertad con que gozan para regular la materia?

El Dr. Edgar González manifestó que a pesar que la Ley 142 tuvo grandes avances, se cree que vale la pena revisarla, porque el concepto de regulación actual es diferente, no solo en razón al paso de los años, sino en que en la Ley 142 de 1994 tuvo un error en su fundamento legal y constitucional de las Comisiones de Regulación, como se expuso en el conversatorio, es importante garantizar la independencia del regulador, determinar a cabalidad qué funciones tiene y revisar de fondo las características y consecuencias del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Por otra parte, llama la atención al analizar la regulación frente a los jueces, quienes no conocen muchos aspectos de forma específica lo cual puede ocasionar errores al anular la regulación existente simplemente por falta de conocimiento.

Por último, enfatiza sobre la importancia de que los reguladores cuenten con la cláusula de progreso, que va orientada hacia la importancia de que las normas cambien dinámicamente de acuerdo con las necesidades del sector, especialmente en los que respecta al sector de las comunicaciones y TIC, de tal forma que genéricamente las normas permitan adaptarse a los avances y nuevas tecnologías para seguir regulando su sector. Se trae a colación el ejemplo de cláusula de progreso famosa instaurada en Francia para el sector eléctrico, y como los prestadores de servicios tradicionales a gas, tuvieron que adecuarse a las nuevas tecnologías entrantes, de tal suerte que se pueda regular a pesar de los cambios tecnológicos.

El Dr. González expuso su preocupación relacionada con que el proyecto de Ley hace énfasis en muchos temas, y que aunque sean buenos, deja de lado la necesidad de determinar con certeza si las telecomunicaciones, aunque son solo una parte del eslabón, tienen facultad regulatoria sobre temas TIC, porque no se identifica claramente en el proyecto, así las cosas, la pregunta que se plantea es: ¿no debería realmente hacerse una reforma legal sobre las funciones de las Comisiones de Regulación, para adaptarse a los cambios que se han dado desde 1994 al 2019, vista la experiencia que se ha tenido?

La Dra. María Claudia interviene sobre los retos en el sector eléctrico con la entrada de la Ley 142 de 1994, indica que estos estuvieron enfocados en concebir la electricidad como una de las actividades a desarrollar en un mercado en competencia, lo cual para ese entonces era un mundo que hasta el momento no se había visto, y así mismo generó una primera gran disrupción en el sector que evolucionó formidablemente; posteriormente viene un segundo evento disruptivo que inició con la nueva Ley 1715 del 2014, en donde se promueve la promoción de energías renovables, no como tecnología a gran escala, sino como la posibilidad de que usuarios generen su propia energía y la vendan al sistema. Este es el cambio al que se enfrenta actualmente la CREG, pues aunado a la posibilidad que brindan las tecnologías hoy en día de disminuir el costo de ese servicio mediante la generación de energías renovables y de la posibilidad que se le brinda a los usuarios de determinar por ellos mismos cuáles son sus necesidades, es lo que da cabida a evolucionar hacia una regulación donde el usuario es participe activo de su diseño, ciñéndose solo a unos parámetros generales, delimitando como resultado final de las Comisiones de Regulación verificar que se mantengan precios eficientes que benefician a los usuarios.

Lo anterior se contempla en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, pues a la fecha la Ley 142 se queda corta y se necesita que las Comisiones de Regulación cuenten con herramientas que les permitan identificar nuevos agentes, agregados de demandas, representantes de usuarios y nuevas formas de comercializar útiles para adaptar la regulación a esta evolución tecnológica tan fuerte que viene.

El Dr. Carlos sobre la primera pregunta, considera que para la CRC no ha sido obstáculo, pues este organismo ha tomado decisiones muy importantes y de gran impacto que han sido, por un lado confirmadas por un lado por el Consejo de Estado, con un record muy positivo de confirmaciones; y por otro lado, a modo de ejemplo se trae a colación dos casos: el de compartición de infraestructura y el de Roaming Automático Nacional - RAN, situaciones en las que se tomaron disposiciones de gran impacto para el sector de telecomunicaciones que han influido en las decisiones empresariales de los operadores, han transformado la forma en que se despliega infraestructura en el país y se ha convertido en referente nacional e internacional.

El Dr. Lugo considera que sí se han tomado decisiones fuertes, contundentes y que han sido respaldadas desde todo ámbito. En cuanto al principio de neutralidad tecnológica, que es clave en el sector de telecomunicaciones, este garantiza la evolución, pero comparte la opinión del Dr. Edgar González sobre la necesidad de que el concepto de regulación TIC sea más amplio, no

obstante, existen temores que, con fundamento o no han impedido que el proyecto de Ley pueda abarcar más desde el punto de vista de la regulación, pero tarde o temprano será una realidad desde el punto de vista de reformas legislativas.

El Dr. German expresa estar de acuerdo con el Dr. Lugo frente a la primera pregunta, de su parte a nivel del entorno del grupo de comisionados actuales, no visualiza un obstáculo en el trabajo y construcción regulatoria por parte de la CRA, pero eso no implica dejar a un lado hacia donde se dirige el pronunciamiento de las altas cortes, también se tiene la fortuna de tener unas decisiones judiciales favorables para la Entidad, siendo ocasionales los eventos en los cuales se ha sido derrotado ante el honorable Consejo de Estado; por lo anterior, en cuanto a la pregunta concreta, la respuesta es que siempre se ejerce la función regulatoria sin tener en mente ningún tipo de limitante frente a la Ley o reglamento.

Sobre lo que plantea el Dr. Edgar González, se comparte plenamente que hay aspectos muy buenos de la Ley 142 que se pueden mantener, hay otros aspectos sujetos a actualización y modificación, pero el Dr. Osorio considera que debe realizarse una reforma integral, que se estudie a la luz de personas que cuenten con conocimiento del tema y no a los calores de una discusión de forma coyuntural política del momento; sino un análisis integral, estructural y juicioso sobre la Ley 142 de 1994, acorde a los avances tecnológicos, por ejemplo en la regulación de la CRA recientemente se está valorando la posibilidad de implementar regulación para permitir el pago de servicio de agua de forma prepago, dado que tecnológicamente es muy costoso y aunque tal vez este no sea el momento aun para implementarlo, la decisión seguramente será desregular y que, el prestador que cuente con la capacidad de asumir ese costo lo pueda empezar a prestar de forma particular, lo anterior para no caer en el error de producir regulaciones generales que son ineficientes.

Por último, respecto a la reforma de las Comisiones de Regulación, actualmente está cursando un proyecto de Ley donde se busca que las Comisiones de Regulación tengan control político ante el Congreso, esto atentaría directamente contra la función técnica, económica y social que desarrollan las Comisiones de Regulación.

2. Conferencia: Transición institucional. CMT a CNMC. 20 años de liberalización de las telecomunicaciones en España. Tomás de la Quadra Salsedo²

La conferencia Transición institucional. CMT a CMNC. 20 años de liberalización de las telecomunicaciones en España, a cargo del Dr. Tomás de la Quadra-Salcedo, Catedrático Emérito de la Universidad Carlos III de Madrid, tuvo como objetivo analizar la transcendencia que tuvo para España la creación del regulador sectorial para las Telecomunicaciones en cabeza de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, así como un análisis de las principales medidas que esta Comisión impuso y el papel que desempeña la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de cara a las recientes reformas introducidas al modelo Institucional de las Comunicaciones Electrónicas en la Unión Europea, producto de la expedición del Código Único de las Comunicaciones.

Empezamos con la regulación que no la regulación, no es los parlamentos, para mí la regulación, es antes de los problemas y los conflictos, pensando la solución de los problemas, tal como se indica que resolviendo problemas concretos es el éxito de la regulación.

Ahora en el 2008, en todo Europa y concretamente en España después de una consulta pública, se expidió una resolución en el año 2009, que resolvió una disputa con Telefónica, no imponiendo condiciones específica sino examino la operación colocando soluciones puntuales a diferencia de Alemania que fue una Ley examinado la competencia,

La historia de la regulación ha sido un éxito en general, y que en momentos de crisis como en el años 2013, donde todos los reguladores como los de energía, portuaria audiovisuales, entre otros sectores, se propuso todo esta competencia en uno solo; un regulador multisectorial y multifuncional donde tenga no solo funciones regulatorias sino examinar la competencia, en sentido ex post, destacando que una de los garantías de los reguladores debe ser la independencia.

Para lo cual , Los comisionados o los vocales de la Comisión, su característica principal debe ser independientes donde como función principal se destaca la regulación ex post en el mercado de la competencia, de otro lado, la idea de la regulación ex ante es colocar condiciones de competencia para que exista en si la competencia en tanto que la competencia natural es distorsionada patológicamente por alguien que abusa, pero al final unas y otras, la regulación

² Ortíz Laverde, Sandra. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Sus Rasgos Característicos y Reflexiones sobre el Nuevo Modelo Regulador. Libro Homenaje al Profesor Tomás De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo. Universidad Carlos III de Madrid. Tirant Lo Blanch Valencia, 2017. p.1561 - 1609 ,2017

percibe que hay un mundo que naturalmente tiende a la competencia, como son las actividades de monopolio natural y lo que percibe es doblegar esa naturaleza avocada a la competencia.

Ahora la denominada Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia en España (CNMC), fue creada mediante Ley 3 /2013, con el objeto de garantizar la libre competencia y a su vez, regular los mercados de la economía en España y proteger a los consumidores.

La presente exposición recoge los antecedentes de la creación de esta Comisión, desde la aparición de los primeras autoridades independientes y del consecuente término regulación; tanto en el contexto europeo como en el caso específico de España, así como también las revisiones realizadas del modelo comparado y la tendencia a unificar organismos de igual naturaleza regulatoria o de competencia

De igual manera, así como los fallos proferidos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el carácter complementario y el papel que juega el Derecho de la Competencia como red de seguridad. Un antecedente a la Ley en comento es la Ley de Economía Sostenible (LES) en la que ya se propugnaba por un solo organismo regulador, que tenía las características que se buscan en los en las autoridades reguladoras actuales, tales como la independencia, no solo del sector público sino del privado también; que está dotada de instrumentos para poder cumplir con sus funciones y rodeada de mecanismos de control, tanto del legislativo, como del judicial.

Esta integraba las comisiones existentes en España y algunas que habrían de crearse, tales como la Comisión de Mercados de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión Nacional del sector Postal, las cuales tenían por objeto expedir reglas específicas para cada sector recientemente liberalizado, característica del entorno de la anteriormente Comunidad Europea en los años 90's de liberalizar mercados. A diferencia de la presente Ley 3 del año 2013, esta ley excluía a la Comisión Nacional de la Competencia, al considerar que su labor de defender la competencia, implicaba una regulación *ex post* que no correspondía con la regulación *ex ante* que caracteriza a los órganos reguladores sectoriales.

Sin embargo, se determinó que tenía algunas características comunes, que le eran aplicables, tales como: la conformación interna del Consejo, la forma de designación de sus miembros y el mandato de los mismos, las causales para el cese del ejercicio de sus funciones, así como las causales de incompatibilidad para ejercer el cargo de Comisionado, entre otras.

La expedición de la Ley 3 de/2013, marca un hito al constituirse, en primer lugar, en la segunda reforma de importancia realizada a organismos reguladores y segundo, por haber incorporado

en una sola Entidad, los órganos reguladores junto con el encargado del Derecho a la Competencia.

Este hecho por obvias razones, genera controversia al integrar en un mismo organismo, las dos formas de regulación existente: *ex ante* y *ex post* en un solo organismo, dotado además de una muy particular estructura interna, que al NO dejar de lado la transferencia de funciones regulatorias que se habían dado, mediante Directivas Europeas a la administración general del Estado, menoscabando la independencia y rango de acción a los organismos reguladores sectoriales, tales como telecomunicaciones, y Energía.

La discusión llegó al punto de que el Alto Tribunal Español elevó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una “cuestión prejudicial” que indique si, la integración realizada en un solo órgano regulador no riñe con las directrices de la Unión Europea en materia de regulación y competencia, en especial en temas de independencia y su capacidad técnica.

Se argumenta que este organismo fue creado, producto de la contienda electoral en la que fue elegido el Partido Popular, que pregonaba en sus políticas, un ambiente de reformas a organismos reguladores, basados en la necesidad de reducir los costos administrativos que este tipo de organismos implica en su funcionamiento (Talvez la razón principal); reclasificar y reorganizar sus competencias (En apariencia ineficaces) y según la exposición de motivos de la Ley, garantizar su profesionalidad, neutralidad e independencia.

Este hecho despertó la inquietud de varios analistas expertos, incluyéndome (Tales como el profesor Tomás de la Quadra Salcedo), quienes intentamos, entre otros objetivos, dilucidar, a través de un análisis desde el concepto de órganos reguladores en la Unión Europea, si los parámetros establecidos por ésta, no fueron transgredidos por la creación de este Super regulador.

Este análisis se pretendió hacer, basado en la exposición de motivos de la Ley, quien la puso como un imperativo, haciendo un análisis comparativo con los modelos alemán y holandés. El análisis concluye, primero que el modelo alemán no es aplicable al modelo español, por cuanto, si bien se asemejan, en la integración de varios organismos reguladores en uno solo, la autoridad de la Competencia continúa siendo separada.

En cuanto al modelo holandés, se encontró que este está en pleno proceso de desarrollo y siendo así, difícilmente serviría de paralelo al modelo español, al no poder aportar experiencia ni información técnica relevante (cifras y comportamientos) que sirva de modelo al diseño del organismo español. En este aspecto del desarrollo e implantación del nuevo organismo regulador, hay que destacar que, en España, no hubo ningún período de transición, como, por ejemplo, el del modelo holandés que se mencionaba; sino que se hizo de manera drástica,

generando una ruptura con los organismos existentes, sin anticipar consecuencias, evidenciando improvisación en apariencia intencional, por razones políticas.

Aún continua el debate sobre si es posible y conveniente, unir en un solo organismo las técnicas de regulación y competencia, y lo más importante, si permitirá obtener buenos resultados para los mercados objeto de la regulación y vigilancia.

3. Panel: Ruta regulatoria para abordar los retos y oportunidades de la economía digital. España y Colombia.

Panelistas:

- Dr. Tomás de la Quadra-Salcedo, Catedrático Emérito de la Universidad Carlos III de Madrid.
- Ing. Juan Manuel Wilches Duran, Experto Comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC.

Moderador: Dr. Édgar González López, Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia

Por último panel, titulado Ruta regulatoria para abordar los retos y oportunidades de la economía digital. España y Colombia, El objetivo de este panel, era el de efectuar un comparativo sobre las medidas y hojas de rutas diseñadas por el regulador español y colombiano en materia de economía digital, la incursión de nuevos agentes y el papel del regulador ante los nuevos desarrollos tecnológicos.

Inicia el panel con algunas consideraciones del Dr. Édgar González López respecto la ley 1341 de 2009, quien preciso que realmente la regulación de TIC es muy poco amplia en esta Ley, si bien la ley incorpora una serie de principios generales y los retos de la sociedad digital, todos muy enfocados en el tema del mercado digital vs el tema del regulador o sobre qué autoridad debería de vigilar que esos derechos del ciudadano, como derechos de acceso y otros derechos.

El Dr. Tomás de la Quadra-Salcedo manifestó que la sociedad digital es algo muy amplio, es algo que afecta los datos, afecta al individuo, a la persona y no se puede prescindir del benéfico de la sociedad digital entendida por tal como la convergencia de tecnologías que se utilizan en

muchos campos, para las ciencias Biomédicas, la nanotecnología, las telecomunicaciones, la inteligencia artificial y toda una serie de ciencias, de técnicas que se basan en la utilización de los unos y los ceros, en la digitalización de procesos, instrumentos, software y que tienen una manera de transformar la sociedad, incluso a la persona en todos los temas de *trans humanismo* y *pos humanismo*.

Sin embargo, hay retos también en el mercado de la competencia, el reto es sobre las grandes empresas que tiene datos y que están en *Wall Street*, como lo son Google, Amazon, Facebook, por eso son las primeras en inversiones y esto está afectando la competencia, la pregunta es: ¿cómo hacer para regularlas?. Este entorno también se ve afectada la democracia, por ejemplo, el caso de *Cambridge Analítica*; todo esto se desborda un poco del campo de la temática y que nos lleva a hablar de la sociedad de la información quedando como interrogante la posibilidad de regular tanto que se aposte a que las cosas florezcan. Ahora, si se empieza a hablar de temas de plataformas, en España se planteaba al hilo del *Código Único*.

Un primer filtro es que las personas que no tengan la experiencia en telecomunicaciones o energía, difícilmente pueden presentarse a un Congreso a defender su nombramiento; por lo tanto, el control se hace mediante revisión de conocimientos y capacidades, por ejemplo, de 40 personas se seleccionarán apenas diez, aparte del control. En este punto se destaca el dicho: *“lo mejor es enemigo de lo bueno”*, no hay una verdad absoluta.

Por su parte el Ing. Juan Manuel Wilches Duran expresa que frente a lo expuesto por el profesor de Tomás, no hay un modelo perfecto, para seleccionar a los integrantes de la Comisión de Regulación, y no existe una fórmula mágica para determinar que tipo de experiencia debe acreditarse o el perfil específico de la persona a elegirescogido; todos esos son requisitos que se imponen para tratar de asegurar que esa persona que está sentada ahí, realmente conozca del tema y aporte sobre las decisiones y que no solo sea una persona que por algún interés político, adopte decisiones y no bajo criterios técnicos, que es lo que realmente caracteriza a un regulador en conjunto con el análisis de beneficio a la sociedad y un análisis técnico.

Es necesario que exista una convergencia en el sector TIC; debe haber un único regulador, no debe seguir existiendo la idea de tener un regulador para telecomunicaciones y otro para contenidos y servicios audiovisuales. Hace más de cinco años, producto de las recomendaciones

de la OCDE, ha surgido la iniciativa de contar con un modelo regulatorio convergente, el trabajo quedó a medias y esto implicó dificultades en la toma de decisiones.

La CRC hace dos o tres años realizó un análisis de mercado audiovisual, se encontró que era necesario intervenir los mercados de contenidos, sumado a aspectos tan relevantes tales como cómo se producen los contenidos de las programadoras a nivel internacional y cómo se venden en nuestro país, y al momento de poder tomar esa decisión se dificultó al discutirse la facultad regulatoria con relación a este mercado. Esta situación ha dificultado la regulación *ex ante* y solo ha dejado la posibilidad de intervenir después, cuando ya es tarde y difícil.

Un regulador convergente debería actuar de esa manera, oportunamente y basado entre proteger la competencia y revisar todo tipo de prácticas, ya que en un análisis *ex post* se deben revisar conductas ya basadas en evidencia, cifras y comportamientos que se pueden comprobar; en cambio, el análisis *ex ante* es un poco más predecible de lo que puede llegar a pasar con el comportamiento de distintas variables y eso hace una labor necesaria en los dos sentidos.

La segunda parte de la pregunta, en cuanto a la selección de los miembros, se se discutió en las distintas versiones del proyecto de Ley que se han tenido. Lo más importante, son los requisitos técnicos que se le piden para ser miembro de esta Comisión, ya que en un momento dado se estaban relajando las condiciones. Por ejemplo, al hacer una compensación del nivel educativo con experiencia, traía como consecuencia que se se permitiera el ingreso a profesionales cuyos perfiles no se ajustaban a los requisitos, lo que dificulta que la persona comprenda el alcance de las decisiones que se adoptan, como es el caso de la ANTV, en la que los miembros de la junta están separados de las direcciones que conocen el insumo para la toma de decisiones y por lo tanto, es necesario involucrarse en la construcción de la propuesta, y así trabaja la CRC fortaleciendo en estos años el análisis de impacto normativo (AIN). La CRC se enfoca sobre todo en la primera etapa que es la identificación del problema, esa etapa de participar en el proceso de construcción es clave y es uno de los elementos que más ha favorecido la imagen de la Comisión.

De igual manera, se destacó que así los nombramientos se realizaran por el Ministro de la época, esa situación no eliminó el carácter técnico las decisiones de los comisionados y el carácter técnico de las mismas, porque se ha hecho un trabajo con responsabilidad; no obstante, pueden

existir casos en los que a una persona que no ha trabajado tanto en los sistemas regulatorios, le cueste más trabajo, pero lo importante es mantener ese carácter técnico.

Los que construyen la regulación no son en sí mismos los comisionados, sino el equipo que lleva las propuestas, las cuales se comparten y son trabajadas con los miembros de la comisión de expertos, con el fin de que las decisiones sean soportadas, se tomen por consenso; ese es el éxito de la Comisión, forma de trabajar que no se debe perder. Más allá de que se mantengan o no las personas, el mecanismo de trabajo para producir una regulación debe mantenerse.

Una vez escuchada esta intervención, el Dr. Édgar comentó al panel el tema relacionado con la Autoridad Nacional de Televisión, no es claro si en el proyecto de Ley la Junta de Audiovisual se mantiene, así como el perfil de experiencia y sus condiciones técnicas. No obstante, en cuanto a la posibilidad de que estos sean elegidos por diferentes estamentos, universidades y/o Gobierno ¿debería ser o no debería ser?

El Ing. Wilches Duran indicó que en relación con noticias sobre lo que se modificaría en el proyecto de ley, se habla de una sola Entidad, con un equipo más grande y dos juntas, a través de las cuales se toman decisiones. La selección de los miembros de una de las juntas supone que los requisitos sean relativamente los mismos y se harían unos procesos de selección objetiva, con el fin de elegir a los comisionados con base en esos requisitos. Es importante que la persona que sea preseleccionada, pase por un proceso en el que se verifiquen y cumplan con los requisitos establecidos y de esta manera sea seleccionada la persona que cumple con las condiciones y para cumplir esa labor.

Se entiende que uno de los miembros de la junta de medios audiovisuales, sin entrar a criticar el proyecto, será nombrado por el gremio de los Canales Regionales, que resulta difícil para un regulador, estar compuesto por los agentes reguladores. Para el ingeniero esta situación trae un conflicto de interés; es posible que exista una buena propuesta de los canales regionales, pero de cualquier manera, esa persona debe pasar por un proceso de selección, para garantizar que cumple con el perfil y los requisitos necesarios para desempeñar el cargo.

Por lo anterior, depende de cómo se regule; de una parte, no se puede regularlo tanto, al punto de impedir que aparezcan nuevas cosas, entonces se diría que Europa está preocupada por la Sociedad Digital y está desarrollando regulaciones, desarrollando en lo posible la económica

digital, donde las telecomunicaciones entre otras, se estudian en conjunto con todas las alternativas, tales como: inteligencia artificial, el humanismo, desarrollos, casos de la era digital.

La reflexión es ¿quién regula todo?, se debe hacer un análisis sobre los derechos digitales; así como la Ley española ha hecho referencia a los derechos digitales y otras iniciativas, en el mundo países como Brasil, Italia y Francia, se discute en torno a la preocupación sobre qué derechos se deben analizar en el mundo digital, para lo cual todas las declaraciones, y en la ley española no es excepción, se puede pensar que en las próximas discusiones deben establecerse una serie de principios y la garantía en esta sociedad de los valores y derechos fundamentales, tales como la dignidad de la persona humana, algo así que enmarque si es consciente que esa Sociedad entraña peligros a pesar que sea necesaria. En cuanto al nivel de principios, en temas como los de las máquinas de inteligencia artificial, ¿dónde se establecería este análisis?, ¿en los Parlamentos?

Ahora entrando en el nivel de la visión del día a día, en derechos digitales, es posible hablar del *derecho a la desconexión digital* (el derecho de que el trabajador no reciba del empleador recados fuera del horario de trabajo o en vacaciones); temas como, por ejemplo, fotografía digital que publico en Facebook y luego se tiene la voluntad de retirarla, o alguna reseña negativa sobre una persona, en este caso se tendría que hacer valer el derecho al olvido. Con situaciones como estas, la pregunta es: ¿quién lo puede tratar? En general existe el interrogante: ¿cómo se protegen los derechos individuales en su conjunto frente a los riesgos que entraña la Sociedad Digital?

Debe existir una especie de regulador, por ejemplo, el Consejo español que actuara o haciendo informes donde todos los sectores hayan recogido las experiencias, o en general alguien que desde el punto de vista de los datos de los contenidos audiovisuales tenga una perspectiva holística en todos los retos que esta sociedad digital plantea como la defensa de la dignidad del pluralismo y de la democracia; esa sería la propuesta de Don Tomas.

Por su parte, el Ing. Juan Manuel se refirió al libro de Yuval Noah Harari, “Retos para el Siglo XXI” y plantea al inicio los dos retos de la humanidad en los próximos años que son: determinar de qué manera el desarrollo económico, la forma de producción pueden afectar el medio ambiente, y cómo lo digital está cambiando la forma de pensar vivir. La transformación digital actual, posiblemente está llevando a la sociedad a hacer algo que no quiso hacer durante muchos

años y es que siempre se ha tenido una visión de competir y no sobre cómo hacer para ejercer acciones colaborativas como humanidad.

en el marco de la realidad nacional, es indispensable que se cuente con una política digital que enfoque los esfuerzos no solo con el estado, sino también con el sector privado, academia y todos los interesados, en llevar el país hacia progreso económico y digital, siendo un reto que tienen todos los países, y por eso se debe tener una línea clara sobre la visión, donde precisamente, a través de esa tarea de los casos que se han identificado en la CRC, a través de los estudios que se han hecho de economía digital, se responde qué se puede hacer y cómo se puede resolver esa necesidad de tener una línea clara de acción.

Se plantea una política de visión a futuro y de cómo jalonar la economía hacia lo digital, lo que es una oportunidad bastante grande e importante que no se debe desaprovechar; la participación es importante para entender el mundo digital. El Ingeniero Wilches recuerda que hace año y medio desde la CRC se adelantó una reunión con Google, quienes aseguraron que la Comisión estaba malgastando el presupuesto haciendo análisis de temas digitales toda vez que no es de su competencia; a diferencia de lo anterior, esta Facebook solicitando regulación, porque de lo contrario, cada que se haga algo podrá salir sancionado teniendo en cuenta la ausencia normativa.

Necesariamente se debe pensar sobre cómo los gobiernos deben revisar los temas de plataformas y trabajar de la mano, analizar, estudiar y proponer las recomendaciones que como país se consideren importantes. Por lo tanto, sí debe haber un regulador para estos temas, no necesariamente un único regulador, sino funciones distribuidas y coordinadas en distintas entidades como para el caso colombiano, el tema de privacidad que es indispensable tratarlo dentro del desarrollo del gobierno digital y está en la cabeza de la SIC, pero que además necesita un tipo de coordinación a nivel nacional.

, recientemente en la revisión de un artículo sobre por qué ocurrieron los problemas de Facebook con Cambridge Analítica y las medidas que debieron tomarse antes con el tema de privacidad, de alguna forma “le echaron la culpa” de la vulnerabilidad de privacidad de datos a Facebook, aunque existen unas reglas de la Comisión Europea en temas de privacidad. Ese regulador específico no asumió su responsabilidad de haber actuado antes y el Regulador decidió, desde el punto de vista político, sobre cómo regular. Posiblemente ha podido

corresponder al interés que existía desde el punto de vista político, de que esos negocios llegaran a pagar impuestos y, además, cumplieran con una serie de condiciones que hicieran que esas empresas fueran atractivas para ese país, tales como generar empleo, entre otras muchas razones. Pero también para revisar el efecto de lo que está pasado ahora.

Se está entonces ante una combinación de reguladores nacionales para ciertas cosas con lineamientos y principios para aspectos relevantes, destacando que se llevará a cabo una reunión de la OCDE sobre principios de inteligencia artificial y es muy difícil que un país pueda tomar esa decisión, toda vez que esta se debe tomar a nivel mundial; es decir, que todos los desarrollos que sean de inteligencia artificial, sean construidos bajo esos principios y que debemos buscar como inteligencia artificial, cuestiones de privacidad. También se está trabajando por parte de la OCDE para que se tomen lineamientos a nivel mundial a través de actos multilaterales donde se pueda llevar a cabo discusión y cada país tenga la responsabilidad de actuar en ciertos temas específicos; Colombia no puede esperar las posiciones, sino involucrar a todos los actores y revisar todas las reglas que se están promoviendo a nivel internacional.

Con posterioridad a esta intervención, el Dr. Édgar dió las gracias e indica la pregunta que ya está respondida sobre la eficacia de regular las plataformas; ¿es una realidad que se puedan realmente regular si es que se pudieran regular? Expresa que, sobre la necesidad de continuar en las instancias internacionales para revisar esa regulación quedan dos inquietudes: es clarísimo que los elementos de la sociedad digital deberían tener muchas autoridades, en el tema específico de lo que ha dicho la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que ha sido muy proactiva en analizar la parte digital y cuestiona sobre cómo llenar los vacíos al no tener competencia, porque tal como ya se ha indicado, la Ley 1341 de 2009, a pesar de los importantes avances que tuvo, no dejó muy claro entre esas facultades al Regulador, fuera discutible la Sociedad de Información, no tanto para que regule, sino la posibilidad de regular si fuera factible, lo que no se observa en la Ley.

El Ingeniero Wilches comentó que no recuerda que un Regulador que tenga esas funciones, toda vez que telecomunicaciones lo tradicional es un regulador de telecomunicaciones y de otras cosas. No obstante, últimamente las reglas de lo tradicional deben cambiar y posiblemente resulte necesario un cambio basado en el miedo de una empresa de que la CRC tenga competencia en todos estos temas; por lo tanto, lo importante, más allá de enfocarse es generar la visión de un Regulador que no regule a través de mecanismos tradicionales sino que promueva

la regulación a través de mecanismos innovadores; ejemplo de esto, es que a través de escenarios tales como los sandbox se puede regular como se hace en el mercado financiero, que se basa en información para cotizar en bolsas públicas y reportes, que al ser públicos todos los posibles interesados tengan acceso a esta información y les permita hacer las estimaciones respectivas.

En el caso de la CRC, se ha hecho en temas específicos, tales como calidad del servicio, en este aspecto se hacen unas mediciones de calidad del servicio, se publica esa información y los operadores la revisan. Esto sería un cambio de mentalidad del regulador y no un cambio de funciones, al hacer análisis de la información y reportes que generen la gestión del conocimiento de lo que está pasando sobre ese entorno digital, y que esas revisiones estén bajo el objetivo de obtener el mayor beneficio económico de la sociedad.

El profesor Tomás se refirió a los últimos ámbitos de la sociedad digital, el de las redes sociales. debido a la forma en la que se han desarrollado las redes sociales, la problemática gravita sobre la protección de datos, tanto como la intimidad, la privacidad es en esencia los datos; aquí hay algo que va más allá del modelo y es el empleo que dan a esta información millones de personas y la empresa que tiene acceso a esos datos.

Los datos son una riqueza, la minería de datos, su tratamiento y entonces surge el interrogante de a quién pertenece esa riqueza y sobre cómo actuar al respecto. Es de señalar ahora, que las redes sociales son pocas ya que en el fondo son monopolios naturales. La capacidad de análisis de estos datos, para determinar lo que a la gente le gusta, exige que haya un regulador, una norma de cómo se quiere esa regulación, se requiere que se regule estableciendo unas directrices para decir cómo puede evitarse que esta red social que conoce la información de millones de personas no sea el “*Gran Hermano*” y no lo aproveche para otros usos. El Regulador deberá hacer algo, pero antes se debe reflexionar a nivel mundial, pensar cuáles son los límites y de quién son los bienes de los datos.

Uno de los asistentes le pregunta al Ing. Wilches Durán ¿si han pensado cuál debería ser ese inciso en la Ley para que les otorguen competencia para regular plataformas?

Ante esta inquietud respondió que no recuerda la redacción exacta, pero está enfocada principalmente no a regular, sino a hacer análisis de los efectos de la transformación digital, enfocado al punto de vista de las plataformas que particularmente compiten con los servicios

tradicionales, pero bajo un marco más amplio para generar más alcance de lo que puedan arrojar estos análisis. Hubo un intento de hacer esto en el Plan Nacional de Desarrollo del 2014-2018, donde se quiso incluir un artículo que dijera algo por el estilo; no obstante, lo quitaron sin hablar de regulación. En ese entonces el problema no es entrar a regular, sino que primero se debe conocer; si no se conoce, menos se debe tomar una decisión.

En la CRC, muchos de los asistentes conocen de los estudios que han publicado con mediciones, si no se tiene conocimiento sobre lo qué está pasando a través de indicadores, no es posible visualizar el impacto. La CRC ha venido trabajando con el MINTIC y el DANE para realizar una medición de indicadores de economía digital, sobre todo el rol más importante, que lo tiene el DANE y que está basado en una metodología que publicó la OCDE recientemente, donde todos los países tendrán indicadores comparables con otros países. Lo importante es construir, más allá que existe una función en la ley y profundizar sobre qué está pasando con un trasfondo digital.