

Bogotá D.C., 5 de julio de 2016

Doctor
GERMAN DARIO ARIAS
Director Ejecutivo
COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES
Ciudad

Ref: Comentarios al Proyecto de Resolución "Por la cual se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones"

Respetado Doctor Arias,

Estando dentro del plazo fijado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones ("CRC"), para la remisión de comentarios respecto a Proyecto de Resolución "Por la cual se establece el Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones" (en adelante "el Proyecto de Resolución"), nos permitimos presentar las siguientes observaciones al Proyecto de Resolución propuesto por la CRC:

1 ÁMBITO DE APLICACIÓN:

De acuerdo con lo señalado en el artículo primero del Proyecto de Resolución, el ámbito de aplicación del régimen de protección al usuario se ampliaría respecto del que actualmente se encuentra vigente:

"ARTÍCULO 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. *Este régimen aplica a todas las relaciones surgidas entre los usuarios y los operadores (entendidos estos en la presente Resolución como: los proveedores de redes y servicios de telefonía móvil y fija, datos móviles y fijos y operadores de televisión cerrada), en el ofrecimiento de servicios de comunicaciones, en la celebración del contrato, durante su ejecución y en la terminación del mismo.*

Este régimen es aplicable a los planes corporativos salvo cuando las partes negocien las características del servicio, de la red y la totalidad de las condiciones, técnicas, económicas y jurídicas. En estos casos, se podrán establecer disposiciones que se aparten de este Régimen, siempre que tales excepciones específicas sean expresamente aceptadas por el usuario en el contrato. En todo lo no excluido expresamente, se aplicarán las disposiciones de la presente Resolución. No se podrá pactar la exclusión general a este Régimen.

Para la relación entre usuario de televisión comunitaria y comunidad organizada aplicarán solamente las disposiciones contenidas en el TÍTULO VI de la presente Resolución.

Para la relación entre usuario y proveedor de contenidos y aplicaciones aplicarán solamente las disposiciones contenidas en la SECCIÓN 2 del CAPÍTULO IV del TÍTULO IV de la presente Resolución.

Para los comercializadores de equipos terminales móviles, aplicará este Régimen frente a la adquisición de estos por parte del usuario, de acuerdo con el CAPÍTULO VII del TÍTULO III de la presente resolución.

Parágrafo: *Se exceptúan del presente Régimen, los servicios de radiodifusión sonora de que trata la Ley 1341 de 2009, los servicios postales previstos por la Ley 1369 de 2009 y en materia de televisión por suscripción, los aspectos relacionados con la regulación de franjas y contenido de la programación, publicidad y comercialización, en los términos del artículo 12 de la Ley 1507 de 2012.” (Subraya fuera del texto original)*

De acuerdo con lo señalado anteriormente:

- a) La regla general contenida en el Proyecto de Resolución es la aplicación del régimen de protección al usuario a los planes corporativos y empresariales.
- b) La regla anterior tiene como excepción aquellos casos en que las partes negocien las características del servicio, de la red y la totalidad de las condiciones, técnicas, económicas y jurídicas.
- c) Cuando se presenta la excepción a la que se refiere el literal b) anterior, es posible que se pacten disposiciones exceptivas al régimen de protección al usuario, sin que sea admisible sustraer el contrato enteramente de su aplicación.
- d) En lo que no existan exclusiones, se aplicará el régimen de protección al usuario.

El contenido del artículo primero del Proyecto de Resolución constituye un cambio sustancial frente al contenido en la Resolución 3066 de 2011, actualmente vigente en Colombia, en tanto pretende equiparar a las empresas con las personas naturales, lo cual –como pasaremos a mostrar a continuación– no sólo resulta discutible desde la perspectiva regulatoria, sino que genera una carga desproporcionada y desfavorable para los operadores de telecomunicaciones dedicados al segmento corporativo, que por demás no tiene impacto favorable alguno para el desarrollo del mercado.

1.1 JUSTIFICACIÓN DEL CAMBIO

La única razón que encontramos en el documento soporte del Proyecto de Resolución para esta modificación, es la señalada en el numeral 4.1, según la cual existiría una supuesta debilidad de los usuarios en el mercado de telecomunicaciones. Sin embargo, no existe en el documento de soporte análisis alguno a este respecto.

Ahora bien, en nuestro concepto en el caso de los usuarios, personas naturales, el análisis es claro y data del inicio mismo de la regulación de telecomunicaciones. En general, parte de la

premisa que aún con la introducción de competencia en la oferta de servicios de comunicaciones, el mercado está lejos de ser perfecto. Dicha imperfección –la falla del mercado– consiste en una fuerte asimetría de información entre el prestador del servicio y el usuario del mismo, que puede generar una disrupción en el proceso de toma de decisiones, afectando en algunas ocasiones, el bienestar del consumidor final. Adicionalmente, esta posición de privilegio en la que se encuentra el operador, le permite imponer al usuario las condiciones de contratación del servicio, haciendo que la demanda no sólo sea precio aceptante sino que adhiera a las condiciones que defina el operador.

En este caso, el regulador interviene el mercado generando cargas a los operadores, para que la asimetría de información se reduzca mediante la explicación clara de las condiciones de prestación del servicio y la imposición de condiciones se reduzca mediante la regulación de ciertos contenidos del contrato. A lo anterior se le suman algunas medidas de protección adicional, entre las que se encuentran el manejo de peticiones, quejas y recursos (PQR), criterios de interpretación del contrato a favor del usuario, compensaciones, definición de canales de atención, entre otras.

En nuestro concepto, el anterior análisis –propio del usuario persona natural- no resulta aplicable al referirse al usuario del sector corporativo.

De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, de las 2.000 empresas con mayores ingresos en Colombia, sólo 148 pertenecen al sector de las telecomunicaciones. La primera pregunta que debe hacerse frente al análisis del mercado efectuado por la CRC es la razón por la cual sería necesario proteger a todas las empresas del país como si se tratara de personas naturales, incluyendo a las 1.852 empresas que siendo usuarias de servicios de telecomunicaciones tienen ingresos iguales o mayores que éstas.

Aún más, vale la pena preguntarse cual sería la razón para considerar como “la parte débil del contrato” a empresas transnacionales que tienen operaciones en Colombia y cuyos ingresos se acercan más al PIB de Colombia que a los ingresos de cualquier operador de telecomunicaciones del país¹.

En realidad, no resulta adecuado generalizar las conclusiones que se derivan del análisis de la relación de un usuario corriente –persona natural– con un operador de telecomunicaciones al sector empresarial. En estos casos, las características de las partes del contrato, los servicios que se prestan y las condiciones de negociación son diferentes. En efecto, la asimetría en la información desaparece cuando ambas partes contratantes tienen acceso a la información relacionada con la transacción y tienen los recursos necesarios para procesarla y tomar una decisión basada en dicha información. De la misma manera, la posibilidad de imponer las condiciones del servicio desaparece cuando las características del negocio hacen que se requiera una negociación entre las partes.

Esta circunstancia es reconocida a nivel internacional. Como se verá a continuación, a nivel internacional no se considera adecuado asimilar a todas las empresas a los usuarios personas naturales como lo propone el Proyecto de Resolución de la CRC en discusión. Por el contrario, las normas de protección al usuario se orientan esencialmente a la protección de los individuos.

¹ El PIB de Colombia en 2014 fue de USD 377.8 billones (<http://www.tradingeconomics.com/colombia/gdp>). Los ingresos de las 25 mayores empresas del mundo oscilan entre los USD 405 y los USD 150 billones. Varias de estas empresas tienen operaciones directas en Colombia.

En ocasiones de hecho, en las negociaciones de contratos corporativos los operadores deben adherirse a condiciones impuestas por sus clientes empresas.

1.2 ANÁLISIS INTERNACIONAL DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE PROTECCIÓN AL USUARIO

Como se advirtió anteriormente, la protección regulatoria de los usuarios a nivel internacional se orienta a los individuos y no se extiende al sector empresarial.

En el modelo Europeo, la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, constituye la base de las normas de cada uno de los países de la Unión Europea en materia de protección a los usuarios. Esta directiva, modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (denominada “derechos de los ciudadanos”), utiliza dos términos diferentes para referirse a los abonados de los servicios de telecomunicaciones. De una parte, usa el término “usuario final” para referirse de manera integral a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, mientras que usa el concepto “consumidores” para referirse a las personas naturales que suscriben contratos de servicio con los operadores de telecomunicaciones.

El uso de estos dos términos no es indiferente ni arbitrario. El término “usuario final” es utilizado para referirse a los destinatarios del servicio universal y a la calidad de los servicios, mientras que el concepto de “consumidor” es utilizado particularmente en el artículo 20 de la Directiva para determinar los sujetos a quienes los operadores deben suministrar un contrato con cierto contenido mínimo. Por su parte, el artículo 1 de la mencionada Directiva indica que en lo no previsto en esa norma serán aplicables las disposiciones en materia de protección al consumidor, que actualmente se encuentran contenidas en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual define al consumidor como una persona física que no actúa de manera profesional.

La transposición de estas directivas en el derecho interno de los países de la Unión sigue esta misma lógica.

En el caso del Reino Unido, la totalidad de las normas sobre protección a los usuarios de telecomunicaciones (y de cualquier otro servicio) en lo que a sus relaciones contractuales se refiere, se encuentra en el Consumer Protection Act 2015. Esta norma empieza por definir al consumidor como “un individuo (una persona natural, por oposición a una organización legalmente constituida como una sociedad) quien actúa para propósitos total o parcialmente fuera de su área de negocios o profesión”². Como puede advertirse, en el caso británico las empresas no gozan de la misma protección que se les da a los consumidores e incluso las personas naturales no la tienen cuando actúan como empresas.

En América Latina se ha mantenido también la separación entre el régimen aplicable a las empresas y el régimen aplicable a los consumidores. Es así como en Ecuador, los contratos suscritos con el segmento corporativo no son regulados y ARCOTEL ha entendido que se trata

² El texto original dice: “A consumer is an individual (a natural person rather than a legally incorporated organisation such as a company) who is acting for purposes wholly or mainly outside his or her trade, business, craft or profession.” La traducción es libre

de dos tipos de usuarios diferentes. Así, en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2013, se señala lo siguiente:

“Artículo 21.- Definición y tipo de usuarios.

Usuario es toda persona natural o jurídica consumidora de servicios de telecomunicaciones. El usuario que haya suscrito un contrato de adhesión con el prestador de servicios de Telecomunicaciones, se denomina abonado o suscriptor y el usuario que haya negociado las cláusulas con el Prestador se denomina Cliente”.

1.3 PROTECCIÓN ESPECIAL A ALGUNAS EMPRESAS

Ahora bien, cierto es que existen ciertas personas jurídicas que por su naturaleza se encuentran prácticamente en las mismas condiciones de una persona natural. Tal es el caso de las denominadas MIPYME (micro, pequeñas y medianas empresas) cuando aquellas contratan servicios que los operadores proveen de manera masiva, como es el acceso al servicio telefónico de voz (fija o móvil) o el acceso a Internet. Así lo reconoce la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo al señalar:

“Las disposiciones sobre los contratos deben aplicarse no solo a los consumidores, sino también a otros usuarios finales, principalmente las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (PYME), que es posible que prefieran un contrato adaptado a las necesidades de los consumidores. Con el fin de evitar cargas administrativas innecesarias para los prestadores de los servicios y la complejidad relacionada con la definición de las PYME, las disposiciones relativas a los contratos no deben aplicarse automáticamente a los demás usuarios finales, sino únicamente cuando lo soliciten. Los Estados miembros deben adoptar las medidas apropiadas para fomentar la sensibilización entre las PYME acerca de esta posibilidad”

Para estos efectos, OFCOM en el Reino Unido desarrolló un modelo de condiciones contractuales aplicables a las PYME, sin llegar a equipararlas a un consumidor (persona natural).

Un esquema similar puede encontrarse en Australia, en el que las normas de protección a los consumidores se hacen extensivas a las empresas cuando razonablemente se considere que **no existe una oportunidad real de negociar** las condiciones contractuales y razonablemente el proveedor de servicios de telecomunicaciones considere que dicha empresa no gastará más de AUS 20,000 anuales en servicios de comunicaciones³.

³ C628:2015 TELECOMMUNICATIONS CONSUMER PROTECTIONS CODE. INCORPORATING VARIATION NO.1/2016: “Consumer means:

(a) an individual who acquires or may acquire a Telecommunications Product for the primary purpose of personal or domestic use and not for resale; or

(b) a business or non-profit organisation which acquires or may acquire one or more Telecommunications Products which are not for resale and, at the time it enters into the Customer Contract, it: (i) does not have a

1.4 CONSECUENCIAS DE LA ADOPCIÓN DEL ESQUEMA DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN

De aprobarse el ámbito de aplicación en los términos expuestos en proyecto de resolución, se presentarían las siguientes consecuencias, todas ellas indeseables para el desarrollo del mercado:

- a) Se le otorgaría un inusitado poder de negociación a las empresas frente a los operadores de servicios de comunicaciones, pues por principio cuentan con condiciones que le son extremadamente favorables y que no tendrían razón para renunciar.
- b) Para poder exceptuar, al menos parcialmente la aplicación del régimen de protección al usuario sería necesario contar con evidencia de la existencia de una negociación, lo cual se transforma en una carga excesiva para los operadores, la cual implica costos de transacción adicionales que afectan el mercado.
- c) Se harían obligatorias disposiciones que en la realidad no son aplicables en las relaciones entre los PRST y el segmento corporativo. Por ejemplo, las obligaciones de información al usuario y la infraestructura para atención de sus reclamaciones incluidas en el régimen general de PQR's, no corresponderían a la esencia de los negocios con clientes corporativos, en los que en términos generales tienen sea designada una línea exclusiva de atención, esquemas de escalamiento o un ejecutivo de cuenta.
- d) Cualquier discrepancia durante la ejecución de un contrato suscrito entre un PRST y un cliente corporativo, requeriría de la intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues resultaría aplicable el trámite de PQR previsto en el Título V del Proyecto de Resolución que contempla a dicha entidad como una segunda instancia frente a las decisiones del PRST. Con lo anterior, se sobrecargaría a esta superintendencia en el ejercicio de su labor de protección de los derechos de los consumidores, la cual debe estar concentrada específicamente en usuarios que realmente sí podrían estar en desventaja frente a un PRST. Las partes en los contratos corporativos son libres de pactar las condiciones de las que harán uso ante el surgimiento de un conflicto, p.e acordando acudir a métodos alternativos de solución de conflictos tales como mediación, arreglo directo o tribunales de arbitramento, lo cual hace parte de la órbita de la autonomía de la voluntad negocial.
- e) Se haría discutible la limitación de responsabilidad de los PRST por responsabilidad conexa, lo cual hace que los mismos asuman un riesgo desproporcionado y

genuine and reasonable opportunity to negotiate the terms of the Customer Contract; and (ii) has or will have an annual spend with the Supplier which is, or is estimated on reasonable grounds by the Supplier to be, no greater than \$20,000. A reference to a Consumer includes a reference to the Consumer's Authorized Representative. A reference to a Consumer includes a reference to a Customer".

completamente ajeno a las prácticas de la industria. Lo anterior, en tanto el Proyecto de Resolución incluye la prohibición de limitación de responsabilidad, lo cual abriría discusiones sobre la responsabilidad de los operadores por daños derivados de pérdida de negocios reales o potenciales de sus clientes corporativos. En los negocios corporativos la responsabilidad es limitada al crédito pactado según los acuerdos de niveles de servicios contratados, lo cual guarda coherencia con los modelos de negocio proyectados y las tarifas fijadas para cada servicio, en función del modelo de negocio que incluye, inversiones, costos, utilidad esperada, probabilidad de ocurrencia de fallas etc.

- f) Se impediría el cobro de sanciones o indemnizaciones cuando el usuario de por terminado el contrato, desconociendo que los contratos con el sector corporativo implican en la mayoría de los casos inversiones que debe recuperarse en un horizonte de tiempo y que las tarifas pactadas obedecen a los modelos de negocio, según la necesidad/ubicación de cada cliente.

1.5 ALTERNATIVA AL PROYECTO DE RESOLUCIÓN

Tal como lo hemos señalado anteriormente, la propuesta de ámbito de aplicación contenida en el Proyecto de Resolución genera una distorsión en el mercado en tanto ofrece una protección adicional y excesiva a sujetos que no la requieren, desbalanceando –en detrimento del mercado de las telecomunicaciones- las relaciones contractuales.

Es de reconocer, como se hace en otras jurisdicciones, que los fallos del mercado que se presentan en los mercados de voz fija y móvil y de acceso a internet dirigido a consumidores se presentan también en los mercados en donde el usuario final es una micro o pequeña empresa, pues en tales casos las condiciones contractuales resultan ser similares a las de las personas naturales. Como consecuencia de lo anterior se plantea como alternativa a la propuesta de ámbito de aplicación la que se indica a continuación:

“ARTÍCULO 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. *Este régimen aplica a todas las relaciones surgidas entre los usuarios y los operadores (entendidos estos en la presente Resolución como: los proveedores de redes y servicios de telefonía móvil y fija, datos móviles y fijos y operadores de televisión cerrada), en el ofrecimiento de servicios de comunicaciones, en la celebración del contrato, durante su ejecución y en la terminación del mismo.*

Este régimen será aplicable a las relaciones surgidas entre personas jurídicas y prestadores de redes y servicios únicamente cuando se cumplan los siguientes tres (3) requisitos:

- (i) *El objeto del contrato sea la prestación de servicios de voz fija o móvil o el acceso a internet fijo o móvil.*
- (ii) *El contrato no incluya la prestación de ningún servicio adicional a los señalados en el numeral (i) anterior, o la provisión de soluciones técnicas desarrolladas a la medida del cliente para la prestación de los servicios de comunicaciones.*

- (iii) *El contrato sea suscrito por una micro o pequeña empresa, en los términos definidos en la Ley 590 de 2000 o en las normas que la modifiquen o sustituyan. Para los efectos de esta Resolución, no será considerada pequeña o mediana empresa aquella que ésta sea controlada por otra empresa, nacional o extranjera, que no tenga la condición de micro o pequeña empresa, de acuerdo con el criterio definido en la Ley 590 de 2000 o en las normas que la modifiquen o sustituyan.*

Para la relación entre usuario de televisión comunitaria y comunidad organizada aplicarán solamente las disposiciones contenidas en el TÍTULO VI de la presente Resolución.

Para la relación entre usuario y proveedor de contenidos y aplicaciones serán aplicables solamente las disposiciones contenidas en la SECCIÓN 2 del CAPÍTULO IV del TÍTULO IV de la presente Resolución.

Para los comercializadores de equipos terminales móviles, aplicará este Régimen frente a la adquisición de estos por parte del usuario, de acuerdo con el CAPÍTULO VII del TÍTULO III de la presente resolución.

Parágrafo: *Se exceptúan del presente Régimen, los servicios de radiodifusión sonora de que trata la Ley 1341 de 2009, los servicios postales previstos por la Ley 1369 de 2009 y en materia de televisión por suscripción, los aspectos relacionados con la regulación de franjas y contenido de la programación, publicidad y comercialización, en los términos del artículo 12 de la Ley 1507 de 2012.” (Subraya fuera del texto original)*

Quedamos atentos para profundizar en los temas aquí expuestos y agradecemos nuevamente el espacio brindado con la Comisión de Regulación de Comunicaciones para la participación en la construcción del nuevo Régimen de Protección de Usuarios. Esperamos con optimismo que nuestros comentarios sean tenidos en cuenta.

Cordial saludo,


Germán García Salazar
Representante Legal