

DE-241/2021

Bogotá, 27 de mayo de 2021

Doctor

CARLOS LUGO SILVA

Director Ejecutivo

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES - CRC

Bogotá D.C.

Asunto: Comentarios AmCham a la modificación de la Decisión Andina 638 de 2006 sobre los “Lineamientos para la protección al usuario de telecomunicaciones de la Comunidad Andina”

Estimado doctor,

Hemos tenido conocimiento sobre el proceso de consulta que está liderando la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-, respecto a la modificación de la Decisión Andina 638 de 2006 sobre los “Lineamientos para la protección al usuario de telecomunicaciones de la Comunidad Andina”, la cual consideramos fundamental para la participación tanto del regulador como de los principales interesados y destinatarios de la norma en proceso, con el fin de brindar de mayor legitimidad a las decisiones a nivel comunitario que se tomen.

Como es de su conocimiento, nuestra asociación transmite constantemente al Gobierno Nacional y a sus entidades adscritas, las observaciones de las 970 empresas nacionales y extranjeras que representamos, de manera que nuestras acciones están encaminadas a generar entornos económicos y regulatorios favorables para la atracción, la promoción y retención de la inversión, así como el aprovechamiento del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

Por lo anterior, nos permitimos remitir una serie de observaciones que hemos consolidado junto con nuestras empresas afiliadas, con el fin que el proceso de consulta tenga en cuenta la existencia de las reglas vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido, consideramos importante resaltar que la Ley 1341 de 2009, le ha otorgado una competencia especial a la CRC, en su condición de entidad de carácter técnico, para expedir la regulación que maximice el bienestar de los usuarios de los servicios de comunicaciones, el cual la expide teniendo en cuenta las condiciones de competencia del mercado colombiano y los posibles efectos de la intervención.

En esta línea, la Corte Constitucional ha dispuesto que “por expresas previsiones de la Constitución de 1991 la función estatal de regulación en materia de servicios públicos cumple otras finalidades a las que ya se ha hecho alusión, tales como la protección de los derechos de los usuarios, y la consecución de fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365)”¹

¹ Sentencia C-186/11. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá D. C., marzo dieciséis (16) de dos mil once (2011).

En este sentido, dadas las condiciones normativas particulares que caracterizan a cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina, consideramos relevante que la CRC someta esta iniciativa a un análisis previo de impacto normativo AIN, con el fin de evaluar y anticipar las consecuencias de la implementación de una norma o modificación de una norma vigente según las recomendaciones de la OCDE. De igual forma, una vez que sea publicado el AIN, consideramos pertinente que se realicen mesas de trabajo para socializarlo y poder analizarlo en un plazo prudencial, con el fin de evaluar por parte de los otros actores, las modificaciones que pretende introducir a la regulación colombiana en materia de protección al usuario en servicios de telecomunicaciones, ya que en algunos aspectos, significa un retroceso a los procesos regulatorios internos que se han adelantado y que actualmente redundan en beneficio del usuario final.

Agradecemos la consideración a los comentarios aquí expuestos e invitamos a la CRC a seguir trabajando de la mano con el sector privado, para desarrollar mejores políticas públicas que contribuyan al crecimiento de la industria y el beneficio del usuario final.

Cordialmente,



MARIA CLAUDIA LACOUTURE P.

Directora Ejecutiva

Anexo (1)

Elaboró: TC
Revisó: MA
Aprobó: SM

TCH/gy

ANEXO 1

COMENTARIOS AL ARTÍCULADO DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA DECISIÓN ANDINA 638 DE 2006 SOBRE LOS “LINEAMIENTOS PARA LA PROTECCIÓN AL USUARIO DE TELECOMUNICACIONES DE LA COMUNIDAD ANDINA

Con relación a la consulta pública sobre “Lineamientos para la protección al usuario de telecomunicaciones de la comunidad Andina” nos permitimos respetuosamente presentar los siguientes comentarios al articulado:

1. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 2 -ÁMBITO DE APLICACIÓN:

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la Decisión. Los lineamientos que se establecen en la presente Decisión son aplicables a: 1. Los operadores, proveedores, prestadores y comercializadores de redes y servicios de telecomunicaciones, y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en lo sucesivo “Operadores”), o cualquier otro tipo de persona, natural o jurídica, institución o autoridad pública, u otro organismo de los Países Miembros, que permitan la realización, remunerada o no, de cualquier tipo de comunicación a través de redes y/o servicios de telecomunicaciones con usuarios en los Países Miembros de la Comunidad Andina, independientemente de si el país en el cual se realiza, cursa, transita o termina la comunicación está o no ubicado en la Comunidad Andina. 2. A los Países Miembros de la Comunidad Andina, quienes se comprometen a velar y garantizar los derechos, deberes, obligaciones y disposiciones de la presente Decisión”.

El ámbito de aplicación de esta norma comunitaria es muy amplio, no tiene en cuenta las realidades del mercado de telecomunicaciones de los países miembros. Por ejemplo, el régimen de protección a los usuarios colombianos establece expresamente que podría pactarse su inaplicabilidad a los casos en que se prestan servicios de comunicaciones, en los cuales han sido negociadas y pactadas por mutuo acuerdo entre las partes del contrato: (i) las características del servicio; (ii) las características de la red y; (iii) la totalidad de las condiciones técnicas, económicas y jurídicas aplicables a la relación contractual, en consecuencia al hacer tan amplio el ámbito de aplicación de esta norma, se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica en la regulación colombiana.

2. COMENTARIOS AL ARTICULADO CON RELACIÓN A PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Sobre la inclusión de artículos que pretenden reglamentar la protección de datos personales, cabe mencionar que en el país dicha protección es de protección constitucional, por ende su reglamentación en la legislación nacional requiere las formalidades de una ley estatutaria, las cuales están encargadas de desarrollar textos constitucionales que reconocen y garantizan derechos fundamentales². Es así como la

² Ley Estatutaria: Las leyes estatutarias desarrollan los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. Así mismo, complementan las medidas para garantizar su desarrollo y estricto cumplimiento. En este rango se clasifican las normas expedidas sobre empleo, educación, salud, administración de justicia, organización y régimen de partidos políticos, instituciones y mecanismos de participación ciudadana. Para la aprobación, modificación o derogación de leyes estatutarias en el Congreso, se requiere la mayoría absoluta de sus miembros. Igualmente, su trámite debe cumplirse en una sola legislatura. Definición tomada de <https://congresovisible.uniandes.edu.co/democracia/congreso/funciones/leyesy mayorias/>

Ley Estatutaria 1581 de 2012 (dicta disposiciones generales para la protección de datos personales), pasó por revisión de constitucionalidad a través de la Sentencia C-748-11.

Por lo tanto, cualquier reglamentación sobre derechos fundamentales en Colombia requiere el trámite de una Ley estatutaria y revisión constitucional, y es materia de única y exclusiva competencia del legislativo en Colombia. En consecuencia, las normas comunitarias que según la Corte Constitucional no hacen parte de la noción de bloque de constitucionalidad colombiano, no podrían entrar a reglamentar, modificar y/o contradecir la normativa nacional en materia de derechos fundamentales. Así las cosas, este proyecto de decisión sobrepasaría la competencia otorgada a la CAN en el Acuerdo de Cartagena.

- **Artículo 3- Derecho a la protección de datos personales**

“(…) El tratamiento de los datos personales no puede ser cedido, o cualquier figura similar, a terceras personas, salvo con el consentimiento expreso de los usuarios. Se prohíbe realizar un tratamiento de datos para finalidades distintas a las autorizadas por los usuarios”

En este punto, consideramos relevante definir a qué se refiere con consentimiento expreso. En Colombia, hay dos formas de compartir datos personales, la transmisión y la transferencia.

Para la primera no se requiere señalar a quién se le van a transmitir los datos, puesto que estos serán tratados por el tercero en calidad de Encargado y por lo tanto para finalidades específicas que ya fueron autorizadas por el usuario al Responsable que va a compartir los datos. En esta medida, se entiende que el consentimiento expreso al Responsable, cubre el consentimiento expreso al tercero al que se transmiten los datos, sin necesidad de señalar quién es.

Para la segunda, se requiere un consentimiento expreso para el tercero al que se van a transferir, pues supone que ese tercero va a tratar los datos para finalidades distintas a las que ya autorizó al usuario y este tercero los va a utilizar en calidad de Responsable. En otras palabras los datos se transmiten de Responsable a Responsable.

Por lo anterior, es importante que la referencia del artículo no vaya en contravía de estas dos formas de compartir datos en Colombia.

- **Parágrafo 3, artículo 1.**

“(…)Parágrafo 3: Todas las empresas o personas a las cuales le es aplicable esta Decisión, deberán adoptar medidas útiles, eficientes, necesarias y pertinentes para acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en esta Decisión respecto del Tratamiento de Datos Personales”

Definir a qué se refieren con “acreditar el cumplimiento” y cuál es el alcance. Entendemos que no es una obligación periódica de acreditar o demostrar que se está cumpliendo, sin embargo, esto representaría una carga muy grande para el operador.

- **Artículo 4 - Limitación del Tratamiento de datos personales**

“El tratamiento de los datos personales solo puede hacerse durante el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento. Transcurrido dicho tiempo los datos personales deberán eliminarse o anonimizarse”

Incluir como excepción las normas locales que obligan a mantener la información personal por un tiempo mayor. Por ejemplo, normas contables.

- Artículo 6 – Privacidad e intimidad

Se recomienda incluir el aparte en rojo, toda vez que puede haber ocasiones en donde autoridades administrativas, actuando dentro de las funciones otorgadas por la Ley, solicite cierta información personal de los usuarios.

“La prohibición de la interceptación de comunicaciones u otros tipos de vigilancia de todos los datos y metadatos personales de los usuarios, salvo cuando exista autorización expresa para hacerlo por parte de la autoridad judicial nacional competente, o por una autoridad administrativa, siempre que se encuentre dentro de las funciones otorgadas por la Ley, y en condiciones claramente definidas, para fines específicos y con plena observancia de las garantías constitucionales de cada País Miembro”

3. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 7.- CONFIDENCIALIDAD, INTIMIDAD, INTEGRIDAD E INVOLABILIDAD DEL CONTENIDO DE LAS COMUNICACIONES.

“Los usuarios tienen derecho a la confidencialidad, intimidad, integridad e inviolabilidad de sus comunicaciones, al menos en los siguientes términos: 1. Mantener la confidencialidad del contenido intercambiado por medio de cualquier red o servicio de comunicación, incluyendo, pero no limitado a texto, voz, vídeos, imágenes, sonidos, datos personales, metadatos, y en general cualquier tipo de información, así como todos los datos almacenados en los equipos terminales de los usuarios. 2. Prohibir cualquier interceptación, escucha, grabación, tratamiento, vigilancia, o ataque de integridad a los contenidos de las comunicaciones, salvo orden de autoridad judicial nacional competente, y en condiciones claramente definidas, para fines específicos y con plena observancia de las garantías constitucionales de cada País Miembro. 3. Prohibir el envío a los usuarios de telecomunicaciones de información no deseada, abusiva, o no solicitada, salvo aquella de carácter informativo exclusivo de conformidad con la normativa interna de los Países Miembros, con remitente no conocido u oculto, o que no contenga una dirección o número de contacto válido y, en general, de correspondencias, mensajes electrónicos y llamadas masivas, salvo consentimiento de los usuarios manifestando su autorización”

Al respecto, consideramos necesario hacer varias precisiones sobre este artículo:

- La seguridad en redes de telecomunicaciones está regulada en la Resolución CRC 5569 de 2018, por lo tanto, en el ámbito colombiano no es necesario introducir una nueva normativa al respecto, esto se prestaría para confusiones en cuanto a su aplicación, es necesario pronunciarse de manera general, aludiendo a la aplicación de las normas locales.
- La seguridad en los datos almacenados en los equipos terminales de los usuarios no es una responsabilidad de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, esta es una

responsabilidad del propietario y/o usuario del terminal, es equivocado hacer extensiva esta responsabilidad a un campo en el cual el proveedor no tiene injerencia alguna.

- En Colombia existe el registro de números excluidos (RNE) en la provisión de contenidos y aplicaciones. Este consiste en el que el usuario se inscribe con el número de su línea de telefonía móvil, con el fin de evitar la recepción de mensajes cortos de texto con fines publicitarios o comerciales.
- Prohibir el envío de otro tipo de mensajes y llamadas, va en contra del principio de neutralidad de la red, ya que esto implicaría que el proveedor revise las comunicaciones del usuario. El control de estas comunicaciones no se encuentra en el campo de acción del proveedor, por lo tanto, sugerimos eliminar este artículo, ya que no se compadece con la realidad de una red de telecomunicaciones.

4. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 8-DERECHO A LA INFORMACIÓN

“Se garantizan los derechos de los usuarios relativos a la transparencia y publicación de información comparable, pertinente y actualizada relacionada con las redes y los servicios de telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, estableciendo obligaciones a los Operadores para que los usuarios puedan disponer de información transparente, previa, oportuna, veraz, actualizada, clara, precisa, cierta, completa, adecuada y gratuita, como mínimo, sobre: 1. La razón social del Operador, datos de contacto, términos, condiciones y restricciones de los servicios, políticas, uso de "cookies", y los mecanismos físicos o digitales de atención al usuario. (...)” (NSFT)

En este punto debe recordarse que el uso de cookies corresponde al marco de la protección de datos personales y no con la información sobre el proveedor de servicios de telecomunicaciones y los servicios que presta, son conceptos distintos y que deben regularse de manera diferenciada. Reiteramos la solicitud de eliminar la reglamentación de temas relacionados con datos personales, teniendo en cuenta los argumentos esbozados, así como tampoco considerar incluir información alguna sobre el uso de “cookies”.

Artículo 8, el último inciso del artículo 8 señala:

“El envío de información del contrato, de la factura, de las respuestas a PQR incluidas las notificaciones al usuario, entre otros, podrá realizarse por medios electrónicos, salvo que el usuario expresamente manifieste su deseo de recibirla por escrito, o que el operador no cuente con información para su envío a través de medios electrónicos.”

En tal sentido, consideramos que la CAN debe ir en línea con la realidad actual de los servicios de comunicaciones y el avance de digitalización que se viene desarrollando en el mundo, impulsado en inmensa medida por la emergencia generada por el COVID-19. Con lo cual, debe propenderse por el uso masivo de los medios digitales y de auto-atención, para la atención inmediata, sin restricciones de tiempo y sin costos de los trámites de los usuarios, entre ellos, los mencionados en el artículo. Por lo anterior, consideramos que la norma debe ir orientada al uso de los medios digitales y solo excepcionalmente, por falta de capacidad del usuario de acceso a Internet o no contar con un dispositivo inteligente, se permita el envío o atención de dichos trámites por medios físicos.

5. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 11.- DERECHO AL LIBRE ACCESO A CONTENIDOS, APLICACIONES Y SERVICIOS, ASÍ COMO A SU CORRESPONDIENTE USO

Se sugiere incluir el subrayado en rojo.

“(…) Se exceptúan aquellos casos en los que los usuarios, oportuna y adecuadamente informados de la posibilidad de limitar o bloquear contenidos, aplicaciones, desarrollos o servicios, lo soliciten de manera previa y expresa, por disposición de la autoridad competente en los Países Miembros, o en aquellos casos en que el contenido sea ilícito de acuerdo con las normas locales.”

6. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 18

Consideramos que los deberes de los usuarios se encuentran limitados, por cuanto es necesario hacer referencia a que los usuarios deben actuar de buena fe durante toda la relación contractual y hacer un uso adecuado del derecho a presentar PQR, en consecuencia, abstenerse de presentar solicitudes reincidentes, por hechos que hayan sido objeto de decisión por parte del operador.

Esto ya que se ha evidenciado, no solo por el regulador colombiano sino por la autoridad de vigilancia y control, que existen usuarios, cuyas actuaciones no se enmarcan en el principio de buena fe, con el fin de evadir el pago de los servicios contratados, como para intentar obtener beneficios sin tener derecho a los mismos, así como para actividades fraudulentas.

Respecto al numeral 5 que hace referencia al uso de terminales hurtados y en el cual se incluyen las tipologías establecidas en la regulación colombiana, sugerimos analizar y replantear esta inclusión, ya que la regulación existe únicamente en Colombia, fue creada para mitigar el hurto de teléfonos celulares, pero no ha sido efectiva hasta la fecha, por lo que actualmente se encuentran estudiando su simplificación, y posible eliminación de algunas tipologías de IMEI. En consecuencia, en aras del principio de seguridad jurídica sugerimos eliminar este numeral ya que se prestaría para futuras confusiones y obligaría a los otros países a desarrollar una regulación que no soluciona el problema y cuya experiencia colombiana ha demostrado no ser la mejor herramienta para contrarrestar la problemática. Mantener una disposición como está bajo una decisión de la CAN, generaría altos impactos en el país.

7. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 26 - TRATAMIENTO ESPECIAL.

Se sugiere incluir el aparte en rojo para acotar el alcance del artículo a la normatividad de cada País Miembro.

“Tratamiento especial. Los Países Miembros se comprometen a establecer políticas y adoptar las medidas que sean efectivas y pertinentes para garantizar, de acuerdo con las normas locales, asegurar y promover el acceso y la utilización por parte de las personas con discapacidad, a las redes y los servicios del objeto y ámbito de la presente Decisión, así como para proteger los derechos contenidos en esta Decisión, en igualdad de condiciones al que disfrutaban los demás usuarios, así como para garantizar la atención prioritaria y no discriminatoria para contratar, redimir contratos y presentar peticiones, quejas y reclamos”

