

Bogotá D.C., 20 de abril de 2026

Señor Doctor

Felipe Díaz

Director Ejecutivo

Comisión de Regulación de Comunicaciones

mayoristalocal@crcom.gov.co

atencioncliente@crcom.gov.co

Referencia: Comentarios al proyecto regulatorio **“Por la cual se adoptan medidas regulatorias sobre la actividad mayorista de provisión de redes de acceso local para FTTH”**

Respetado Señor Director:

Tovar Fajardo & Asociados S.A.S., en primer lugar, agradece a esa Comisión la oportunidad brindada para que el público en general presente observaciones y comentarios al proyecto regulatorio indicado en la referencia.

La política de consulta pública previa de las propuestas regulatorias es, sin duda, un instrumento valioso en la medida que los comentarios formulados por el público contribuyen definitivamente a una mejor comprensión, al tiempo que con ello las normas que se proyectan adoptar adquieren mayor publicidad y legitimidad.

En consecuencia, con el objeto de enriquecer el estudio y debate propuesto por la CRC sobre el asunto de la referencia, esta firma se permite someter a su consideración los siguientes comentarios y observaciones:

1. LA CRC CARECE DE COMPETENCIA PARA EXPEDIR LA PROPUESTA REGULATORIA.

El proyecto de resolución no debe ni puede incluir regulación sobre: “redes neutras”, ni sobre “los PRST que proveen la fibra óptica como red neutra o compartida”, por cuanto la CRC no tiene facultades o competencias legales para regular el arriendo de las fibras ópticas oscuras por los siguientes fundamentos de derecho.

Como antecedente es pertinente recordar que de conformidad que los artículos 6, 121, 122 y 209 de la Constitución Política establecen con absoluta claridad que los servidores públicos solo pueden hacer lo que la Constitución y la ley expresamente les autoricen. Al mismo tiempo, la violación de ese principio constituye cuando menos extralimitación de funciones, causal de nulidad por falta de capacidad jurídica o falsa motivación, y violación al debido proceso y al derecho de defensa de los ciudadanos afectados, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en que puedan incurrir los funcionarios que incumplen dicho principio.

Por otra parte, si bien los artículos 334 y 365 de la Constitución Política establecen la capacidad del Estado para intervenir en la economía y en los servicios públicos, función que ejercen de

manera coordinada y armónica, el Congreso, el Ministerio y la CRC, esa intervención debe cumplir con importantes limitaciones, como son: a) estar prevista en la ley; b) cumplir con la finalidad constitucional y legal, es decir, la intervención es para lograr racionalizar la economía, en aras de mejorar la calidad de vida de los habitantes, distribuir equitativamente las oportunidades y promover los beneficios del desarrollo y para garantizar el mejoramiento continuo relativo a su prestación y la satisfacción del interés social; c) atender la limitación de medio, es decir, tanto el artículo 334 como el 365 de la Constitución Política expresamente ordenan que toda o cualquier intervención, en la economía y los servicios públicos debe realizarse por mandato de la ley, lo cual obviamente incluye que la ley faculte las competencias expresas del respectivo funcionario público; d) y limitaciones de alcance, en la medida en que la intervención es una limitación a los derechos de libre empresa de los particulares, la intervención debe tener un alcance e interpretación restringida.

En desarrollo de los anteriores principios constitucionales, cabe igualmente precisar que el ejercicio de las funciones de la CRC está limitado por ley a lo siguiente:

- a) Recaen exclusivamente sobre una actividad específica denominada las telecomunicaciones que por definición legal es toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos.
- b) Adicionalmente están condicionadas por la naturaleza legal de las telecomunicaciones como un servicio público según quedó establecido por la Ley 72 de 1989, el DL 1900 de 1990 y está reiterado en la Ley 1341 de 2009.
- c) A su vez, las telecomunicaciones comprenden tanto los servicios públicos de telecomunicaciones como las redes de telecomunicaciones, las cuales también tienen unas precisas definiciones legales que circunscriben las competencias de la CRC y cuyo alcance esa entidad está obligada a respetar.
- d) Solo la ley puede definir qué actividad es un servicio público de telecomunicaciones y el arriendo de fibra óptica no está clasificada como un servicio público. De conformidad con lo previsto por los artículos 150 y 365 de la Constitución Política es función exclusiva de la ley y por tanto competencia exclusiva del Congreso, la de determinar qué actividades se califican como servicios públicos que quedan sometidos al régimen jurídico que fije la ley.

Como se precisó la CRC tiene por mandato legal unas funciones de regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones que debe ejercer dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley¹ y por tanto la CRC tampoco tiene competencia para definir el régimen

¹ Sentencia C- 186 de 2011, el mismo Alto Tribunal Constitucional se pronunció señalando que «[...] la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación es una manifestación de la intervención estatal en la economía – una de cuyas formas es precisamente la regulación- cuya finalidad es corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios», y del mismo modo la referida sentencia establece que «[I]a intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque

jurídico de los servicios públicos de telecomunicaciones. Como lo señala la jurisprudencia constitucional, la facultad de regulación está limitada exclusivamente a aspectos técnicos u operativos dentro de la órbita de las competencias legales de la CRC y con carácter residual y subordinada a la ley y los decretos reglamentarios del Gobierno².

Es pertinente recordar, que en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Política, la ley (el DL 1900 de 1990 y la Ley 1341 de 2009) definió con claridad que las telecomunicaciones son servicios públicos y clasificó los servicios públicos básicos de telecomunicaciones a los teleservicios y los servicios portadores.

Los teleservicios son aquellos que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal. Los servicios portadores son aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones.

Al mismo tiempo, es pertinente precisar que las características técnicas de los servicios públicos de telecomunicaciones portadores, son las prescritas en el DL 1900 de 1990 y ninguna otra. Consecuentemente, las características técnicas de la red de telecomunicaciones que soporta los servicios públicos portadores de telecomunicaciones no se pueden equiparar a las características legales exigidas por la definición del servicio.

En adición a los anteriores principios constitucionales, las funciones de la CRC están expresamente previstas y limitadas por lo establecido taxativamente en la Ley 1341 de 2009 modificada por la Ley 1978 de 2019. Examinadas esas funciones, reiteramos que no evidenciamos ninguna que permita que la CRC clasifique o defina una actividad, que la ley no ha definido previamente como servicio público, como servicio público de telecomunicaciones.

Igualmente fundamentamos nuestra objeción a la competencia de la CRC la intención de pretender regular el “servicio de conectividad mayorista local” y “el arriendo de redes de fibra óptica” en cuanto que estas actividades no están definidos ni clasificados legalmente como servicios públicos de telecomunicaciones.

Para mayor precisión legal, es necesario advertir que el caso particular en el que el propietario de una fibra oscura que la arrienda a un PRST y como arrendador gestiona la fibra óptica oscura pero no proporciona la capacidad necesaria, entendida esta como la obligación de responsabilizarse por el transporte de las señales de comunicaciones desde un punto determinado de la fibra hasta otro punto, no presta ni provee el servicio público de telecomunicaciones portador ni es proveedor de una red de telecomunicaciones.

De igual manera, ponemos de presente que cuando un propietario de fibra óptica ofrece en arriendo a un PRST uno o más hilos de una fibra óptica, es evidente que la fibra óptica tiene la capacidad de transmitir señales pero, esa capacidad técnica de la fibra no conlleva necesaria ni automáticamente, ni implícitamente la responsabilidad del propietario de la fibra de

va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley» (subrayado fuera de texto)

² Corte Constitucional, sentencia C-1005 de 2008

responsabilizarse por el transporte de la señal de un sitio a otro de la fibra óptica. Es decir, no se puede presumir que quien entrega en arriendo fibra óptica también se está responsabilizando por el transporte de las señales a través de la fibra óptica. Son dos responsabilidades distintas y diferenciables y sometidas a regímenes jurídicos diferentes.

En nuestro criterio, con base en la ley y la jurisprudencia, solo en el evento en que el propietario de la fibra óptica además de entregar en arriendo la capacidad la fibra óptica la integre y conforme con ella el conjunto de elementos para que exista una red y se responsabilice de manera expresa garantizando la capacidad necesaria de transporte de la señal de un punto a otro, se está frente a un servicio público de telecomunicaciones portador según la definición legal.

Para complementar nuestra argumentación es necesario también examinar la definición legal de redes de telecomunicaciones. Efectivamente, la ley diferencia entre bienes que son elementos de las redes de telecomunicaciones, de la provisión de redes de telecomunicaciones y de la prestación de servicios de telecomunicaciones.

El propio ordenamiento jurídico, legal y reglamentario, establece y define el alcance que tiene el servicio público de prestación de redes y servicios de telecomunicaciones, lo que implica también una delimitación precisa del campo de la facultad de intervención y regulación que ejerce el Estado sobre dicho servicio.

La UIT en el Libro Azul³, define la red de telecomunicaciones:

Conjunto de nodos y enlaces que proporcionan conexiones entre dos o más puntos definidos para facilitar las telecomunicaciones entre ellos.

El concepto de red de telecomunicaciones está referido siempre y en todos los casos al conjunto de bienes que garantiza la conexión entre dos o más puntos, para cursar telecomunicaciones.

Ello implica que la definición de red de telecomunicaciones, por tratarse de un conjunto de bienes, es distinta y no puede ser confundida o equiparada con los elementos individuales o instalaciones que la componen, los que por sí solos no pueden ni reúnen técnica ni jurídicamente las condiciones para ser calificados por sí mismos como una red de telecomunicaciones.

Es por ello que la provisión, suministro, comodato, venta, alquiler, uso, intercambio o cualquier negocio jurídico que se celebre sobre un elemento, instalación o bien utilizable para fines de la telecomunicación no constituye ni se enmarca como la provisión de una red de telecomunicaciones, en la medida que por sí sola la instalación o el bien individualmente considerado no es un conjunto, ni un enlace que permita o haga posible cursar información electromagnética.

Por esa razón, en Colombia el mercado de los bienes, componentes o equipos que pueden ser empleados para fines de telecomunicaciones, tales como, centrales de conmutación, cables ópticos, alambres, transmisores, antenas, receptores, equipos de cómputo, programas se rigen por las

³ UIT, Libro Azul, Terminos y Definiciones, Ginebra 1989.

normas generales del derecho común civil y comercial, son actividades libres de comercio y no están sometidas a un régimen de habilitación para la provisión de redes o de servicios.

Si ello no fuera así, el ejercicio de tales actividades requeriría de una habilitación estatal y los agentes del mercado de bienes utilizables para telecomunicaciones tendrían que ostentar la calidad de PRST, hecho que no sucede, ni podría suceder desde el punto de vista legal.

El artículo 2.2.6.2.1.2 Decreto 1078 de 2015, de manera concordante con lo anterior, determina que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones así: “Se entiende por provisión de redes de telecomunicaciones la responsabilidad de suministrar a terceros el conjunto de nodos y enlaces físicos, ópticos, radioeléctricos u otros sistemas electromagnéticos, que permita la emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza.

“Se entiende por provisión de servicios de telecomunicaciones la responsabilidad de suministrar a terceros la emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza a través de redes de telecomunicaciones, sean estas propias o de terceros.”

Es por tanto quien asume la responsabilidad sobre el conjunto de bienes o instalaciones que integran la red o en su defecto quien asume la responsabilidad por la transmisión de la información quien tiene la condición de ser un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones. A contrario sensu, quien no asume dichas responsabilidades no puede ser considerado como un PRST ni está sometido a la regulación de dichas redes y servicios.

Así se confirma en la propia definición de proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones que trae la Resolución MinTIC 202 de 2010 cuando dispone que es:

“Persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros.”

En consecuencia, cualquier persona que no tenga o asuma esa responsabilidad no es un PRST, no puede ser regulado como PRST y tampoco está o puede estar legalmente sujeto a la competencia y regulación de la CRC.

2. LA CRC TIENE COMPETENCIA PARA SOLICITAR INFORMACIÓN SOLO A QUIENES ESTÁN SUJETOS A SU REGULACIÓN.

Es pertinente comentar y examinar la competencia de la CRC para solicitar información que se pretende atribuir en la propuesta regulatoria.

Para el efecto, en relación con la competencia de la CRC para solicitar información es pertinente resaltar el numeral 19 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019, establece lo siguiente:

«19. Requerir para el cumplimiento de sus funciones información amplia, exacta, veraz y oportuna a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora.(...).

La anterior disposición, en nuestro criterio, debe interpretarse estableciendo varias limitaciones.

En primer término, respecto a la forma en la cual la Comisión puede solicitar información al señalar que la información podrá ser requerida solo «para el cumplimiento de sus funciones». Como se ha examinado en el punto anterior, las funciones de la CRC están establecidas y limitadas por la ley de competencias.

En segundo término, en cuanto a la clase de información, es decir, no puede ser cualquier⁴ información sino aquella que cumpla con la carga de la prueba de justificar, al solicitar la respectiva información, que la información solicitada está relacionada exclusivamente con el cumplimiento de las funciones de la CRC⁵.

En tercer término, la CRC solo puede requerir información a los PRST, es decir, a quien sea un proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones y en ningún caso está la CRC facultada para solicitar y menos para exigir la entrega de información a quienes no son PRST.

Adicionalmente, la CRC tiene restringida la información de la PRST que no esté directamente relacionada con la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones. Esta restricción significa que, aun siendo un PRST, este tiene información que está relacionada con la prestación de servicios de telecomunicaciones y otra información que no está relacionada con la prestación de servicios de telecomunicaciones. Las facultades de la CRC no le permiten solicitar a un PRST información que es ajena al servicio público de telecomunicaciones.

En quinto lugar, la facultad de solicitar información no puede afectar los derechos que los PRST tienen sobre la información que por su naturaleza y por mandato legal es confidencial y reservada y menos cuando la CRC una vez recibida las convierte en información pública para acceso a todo el mundo, violando incluso lo previsto la Ley 1712 de 2014. Por lo tanto, no toda información que pretenda requerir la CRC tiene que ser entregada por los proveedores de redes y servicios de comunicaciones por cuanto la protección constitucional y legal que se funda en normas supranacionales⁶ y en el Código de Comercio, normas estas de mayor jerarquía que la invocada por la CRC.

En sexto lugar, la referencia a las sanciones por la supuesta no entrega de la información está sometida y condicionada al cumplimiento previo del régimen sancionatorio previsto en artículo 37 y siguientes del CPACA, e instituido para proteger el derecho de defensa.

Finalmente, es necesario precisar que la competencia de solicitar información prevista en el numeral 19, tiene una interpretación y aplicación restrictiva por cuanto: es una función ejercida

⁴ La CRC no tiene la libertad de solicitar cualquier información que sea requerida por la CRC para el cumplimiento de sus funciones, toda vez que la información tiene la calidad de bienes patrimoniales de quien la genera y por tanto protegidos por la Constitución y la Ley y sometida a múltiples limitaciones, relacionados con la propiedad, la confidencialidad profesional, secretos empresariales y protección a la libre competencia.

⁵ En sentencia C-422 de 2002, la Corte Constitucional reconoció que, previa autorización del legislador, con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, las autoridades administrativas pueden requerir información para el ejercicio de sus funciones, necesarias para el logro de objetivos determinados de interés general, y reconoce que «(...) el derecho-deber de participación comporta para los ciudadanos la obligación de atender los requerimientos de las autoridades que en desarrollo de sus tareas, necesariamente ligadas al interés general, les soliciten la información anotada»

⁶ Artículo 260 de la Decisión 486 de 2000,

por funcionarios públicos que solo puede hacer lo que la ley expresamente les permite; toda función pública debe ejercerse cumpliendo los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución Política⁷; y, su ejercicio no puede limitar los derechos a la libre empresa protegidos por el artículo 333 de la Constitución Política⁸ y el ejercicio de las funciones de la CRC deben cumplir con el postulado de presunción constitucional de buena fe, contenido en el artículo 83 de la Constitución⁹.

3. EL PROYECTO REGULATORIO NO CONSTITUYE SOLUCIÓN EFICAZ A LA PROBLEMÁTICA AL EVENTUAL CONSTREÑIMIENTO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR.

Desde la introducción del documento justificativo del proyecto regulatorio, la CRC reconoce que la autorización para la integración entre grandes operadores quedó sometida a condicionamientos especiales, toda vez que, por su magnitud y los efectos que genera sobre todos los mercados de telecomunicaciones, afectó y seguirá afectando la competencia sectorial.

Siendo la protección de la competencia uno de los principales objetivos y funciones de la CRC, el primer presupuesto de la propuesta regulatoria debe estar dirigido a ese fin. Sin embargo, la propuesta regulatoria guarda silencio sobre las medidas regulatorias que deberían adoptarse en todos los mercados para impedir que dicha integración, constriña, afecte, limite o impida la leal y libre competencia sobre las redes y servicios de telecomunicaciones.

Es más, si el propósito de la regulación está dirigido únicamente al mercado mayorista de los servicios portadores locales, tampoco tiene sentido ni resulta explicable que todos los operadores estén sometidos a obligaciones equivalentes, cuando existen actores en el mercado que ostentan una posición que serían los que estarían llamados a ser regulados de manera especial.

En ese sentido, la propuesta regulatoria propuesta, antes que favorecer la competencia en el mercado local, lo que conduce es a crear barreras regulatorias que encarecen, dificultan y desfavorecen el despliegue y explotación de las pequeñas infraestructuras emergentes que dinamizan y promueven la libre y leal competencia.

Además de lo anterior, el proyecto regulatorio al circunscribir su alcance solo a un tipo de tecnología del servicio portador local, vulnera el principio de neutralidad tecnológica, limita

⁷ Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁸ Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

⁹ Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

injustificadamente la libre negociación de las redes y servicios de telecomunicaciones y dispone condiciones asimétricas respecto de los servicios portadores locales que se prestan a través de redes radioeléctricas y alámbricas, diferentes a la fibra óptica, todo lo cual configura una regulación asimétrica injustificada, que interfiere sobre la libre y leal competencia.

El surgimiento de nuevos mercados o servicios no es *per se* razón suficiente para adoptar la regulación propuesta. Por el contrario, imponer una regulación sobre un mercado que todavía se encuentra en etapa de creación y despliegue, constituye un obstáculo al desarrollo de nuevas, facilidades, mercados y servicios, que en el mejor de los casos podría verse una medida tendiente, a mantener las ventajas y privilegios de los operadores incumbentes.

Por consiguiente, la propuesta regulatoria —como se señaló—, primero, no debería existir en absoluto, de adoptarse debería estar dirigida a todo tipo de tecnologías y, en este caso, dirigida únicamente a los PRST que, por su presencia en el mercado, tienen ventajas competitivas frente a los nuevos desarrollos y negocios que surgen en Colombia.

4. LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES CONTRACTUALES HETEROGÉNEAS NO JUSTIFICAN INTERVENCIÓN NI CONSTITUYE UNA FALLA DE MERCADO.

También el documento justificativo señala que la CRC considera que se precisa de la intervención y regulación de esa entidad por el hecho de haber evidenciado que existe disparidad en los términos de los acuerdos y negocios que se celebran respecto de los servicios portadores locales. Este presupuesto para explicar la necesidad de la regulación propuesta es a todas luces infundado y contrario al principio de la libertad negocial de las redes y servicios de telecomunicaciones.

En efecto, la CRC no puede olvidar que por mandato expreso del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, por regla general los actos y los contratos de los PRST se rigen por las normas del derecho privado. Con mayor razón este principio también se aplica sobre los actos y contratos que celebran las personas sobre bienes que no tienen la condición de ser proveedores de redes de telecomunicaciones o de servicios diferentes a ellas.

Por mandato constitucional, en Colombia se garantiza, protege y permite la libertad privada y la iniciativa privada sobre todas las actividades económicas, salvo las limitaciones establecidas en la ley.

Si como se señaló antes, la Ley 1341 de 2009 no dispuso un régimen especial o regulado sobre los actos o negocios jurídicos celebrados por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, la CRC no puede —por vía de regulación— pretender limitar la libre estipulación contractual, y menos estandarizar o igualar los contratos que se celebren sobre las redes y servicios de telecomunicaciones, en ejercicio de la autonomía de la libertad de las partes.

Así incluso lo ha reconocido la propia CRC cuando con motivo de la expedición de las normas de protección de los usuarios ha reconocido que ellas solo se aplican a los contratos por adhesión, con cláusulas predispuestas o de condiciones uniformes, que no provengan de la libre negociación entre las partes.

En desarrollo de la libertad contractual, a la que tienen derecho la actividad de libre empresa constitucionalmente protegida¹⁰, una misma actividad económica puede desarrollarse contractualmente mediante contratos que tengan diferentes términos y condiciones. Precisamente la libre competencia de mercado propicia y fomenta la libre negociación de bienes y servicios, de manera que resulta obvio que en un mercado en competencia los contratos se celebren en condiciones técnicas, económicas y legales distintas.

Por lo anterior, en un escenario de promoción de la oferta de bienes y servicios en libre competencia, es deseable que exista la libertad de pacto. Dicha libertad de pacto de manera alguna puede entenderse como una falla de mercado y menos debe ser la justificación para pretender limitar la libre negociación o para regular de alguna forma la libre estipulación que tienen los contratantes.

Se equivoca la CRC cuando fundamenta como razón para expedir la regulación que exista una disparidad de ofertas y negocios en el mercado. La constatación de esa circunstancia demuestra precisamente que los interesados, sean mayoristas o minoristas, tienen una amplia gama de opciones, productos, servicios y modalidades de contratación, que la competencia existe y se fortalece, en la medida que las personas no están compelidas a adquirir los bienes y servicios que requieren bajo una sola forma, modalidad o en condiciones iguales, puesto que en ejercicio de su libertad de estipulación y de contratación pueden adquirir tales bienes y servicios de la manera que mejor se satisfagan sus necesidades particulares.

La competencia robusta e intensa no se traduce en estipulaciones y cláusulas predisuestas, obligatorias o reguladas por el Estado, ni en contratos de condiciones uniformes, como parecería interpretarlo el documento justificativo publicado por la CRC, quien se duele y preocupa por la disparidad de las condiciones contractuales. Por el contrario, la competencia precisamente se fortalece y traduce cuando cada individuo o agente en el mercado puede pactar, convenir, diseñar, estipular y acordar los términos y condiciones en que desea contratar un bien o servicio. La disparidad y heterogeneidad de la contratación es propia del derecho privado, es consecuencia de la libertad en el mercado y es un factor esencial para que exista efectivamente la competencia.

La CRC al pretender impedir la disparidad contractual y regular los contratos de redes y servicios portadores locales no solo obstaculiza la competencia, limita la inventiva, particularidad y adaptabilidad que deben existir en las relaciones jurídicas entre los contratantes.

Por la misma razón resulta verdaderamente innecesario, oneroso, complejo e inútil exigir que los contratos que se celebren para el mercado mayorista deban registrarse o depositarse ante la CRC, por parte de todos los PRST, porque una medida como está en nada contribuye para la competencia y para el ejercicio de la libertad de estipulación.

Si algún tipo de información requiere el mercado mayorista de los servicios portadores, ella no es sobre los términos y condiciones de las estipulaciones contractuales, pues cabe recordar que este tipo de contratos se celebran entre partes que ostentan la condición de PRST, razón por la cual los sujetos que intervienen tienen conocimiento suficiente, profundo y enterado sobre las materias que negocian. Así las cosas, el registro ante la CRC de este tipo de negocios se convierte en una

¹⁰ Artículo 333 de la CP.

cuestión puramente formal, de trámite, que ningún beneficio reporta para el sector, para la autoridad, para las partes o para los interesados.

Los contratos actualmente existentes para la provisión de los servicios portadores locales en el mercado mayorista reflejan las necesidades de los agentes o partes intervinientes. Someter y pretender regular el contenido de los negocios jurídicos de un mercado nuevo, que está por desarrollarse, no solamente es inoportuno, sino que además desconoce las necesidades de las partes y limita innecesariamente las soluciones que pueden crearse, convenirse o idearse entre los interesados para satisfacer de manera particular y concreta sus necesidades. Por consiguiente, la propuesta regulatoria en esta materia impone reglas innecesarias, costosas y realmente ineficaces para la promoción de la competencia.

5. EL ESTUDIO JUSTIFICATIVO Y EL PROYECTO REGULATORIO APLICAN EQUIVOCADAMENTE LAS NORMAS LEGALES CONCERNIENTES CON EL ACCESO, LA INTERCONEXIÓN E INSTALACIONES ESENCIALES.

En efecto, el estudio preliminar advierte que para la provisión de fibra oscura que, como se ha expuesto, se trata de un simple elemento para la conformación de una red y no reúne las condiciones legales y técnicas para poder ser considerada por sí sola como una red de telecomunicación, se aplican las reglas dispuestas en el Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2015, que gobierna el acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones.

Esta conclusión del estudio resulta contraevidente, pues se no puede pretender aplicar las normas legales y reglamentarias dispuestas especialmente para el acceso y la interconexión de redes de telecomunicaciones a elementos, bienes o componentes -como la fibra oscura- que por sí solos no conforman una red de telecomunicaciones.

Tal como lo reconoce el artículo 4.1.1.1 de la Resolución CRC 5050 de 2015 “El CAPÍTULO 1 del TÍTULO IV aplica a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y a aquellos proveedores que hacen uso de dichas redes ya sea a través del acceso y/o la interconexión, para prestar servicios de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009.”

En la medida que la fibra oscura no constituye por sí misma una red de telecomunicaciones, su explotación económica a cualquier título tampoco puede ser calificada —por substracción de materia— como la prestación de una red de telecomunicaciones y, mucho menos, entender que se sujeta a las normas de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones.

Son dos las condiciones legales que deben necesariamente cumplirse para aplicar el régimen de acceso e interconexión de las redes de telecomunicaciones: En primera instancia, que se trate efectivamente de una red de telecomunicación, tal como se encuentra definida en la Resolución 202 de 2010. Y, en segundo término, que las reglas se apliquen a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, cuyo alcance de su actividad también se encuentra determinado en la ley y los reglamentos.

Esto significa que si no concurren simultáneamente las dos condiciones el régimen de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones no es procedente aplicarlo. Por ello si se está ante un bien, equipo o elemento que —como la fibra oscura— por sí misma no reúne las calidades exigidas para ser calificada como una red de telecomunicaciones, por cuanto el régimen de acceso e interconexión no aplica a cualquier bien o conjunto de bienes que exista para fines de telecomunicación.

De igual forma, el destinatario de la regulación son los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, es decir, quienes tienen a su cargo la responsabilidad sobre la prestación de la red y servicio de telecomunicaciones. El solo hecho de tener la propiedad, el poder de uso o goce de sobre una red de telecomunicaciones no implica que sea un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones o que se responsabilice por la operación, administración y prestación de la red o de los servicios que se cursan a través de ella. Así lo reconoce la propia CRC en el inciso final del artículo 4.1.1.1 de la Resolución CRC 5050 de 2015 cuando señala: “Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán las redes de telecomunicaciones que no se utilicen para suministrar servicios al público.”

Las reglas de acceso e interconexión están dirigidas a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, tal como lo prescribe el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, en concordancia con lo prescrito en el artículo 30 de la Decisión 462 de la Comunidad Andina y con la Resolución 432 de la Secretaría General de esa misma Comunidad. Así también lo reconocen las normas del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2015. En consecuencia, dichas disposiciones no se aplican sobre cuestiones distintas a las redes de telecomunicaciones ni a sujetos diferentes de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, tal como se encuentran previamente definidos en su contenido y alcance en el régimen legal y reglamentario.

Extender, como lo pretende el proyecto regulatorio, la aplicación del régimen de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones a situaciones o bienes que no pueden ser calificados como una red de telecomunicaciones es improcedente, inapropiado y antijurídico.

No puede olvidarse que el uso, aprovechamiento y explotación de los bienes de propiedad privada que por sí mismos no constituyen una red de telecomunicaciones, son libres y no están sujetos al régimen y la regulación de telecomunicaciones, así como tampoco lo están los bienes de los PRST que no reúnen la condición de ser redes de telecomunicaciones. El solo hecho de ser un PRST no implica que la totalidad de su patrimonio, de sus derechos, de sus actividades, de sus negocios o de sus bienes quede sujeta al régimen de telecomunicaciones, que como se ha explicado aplica única y exclusivamente a la prestación de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

Finalmente, no puede soslayarse el hecho de que las instalaciones esenciales sometidas a la regulación de la CRC son única y exclusivamente aquellas requeridas para facilitar el acceso y/o interconexión que están expresamente previstas en el artículo 4.1.5.2 de la Resolución CRC 5050 de 2015, entre las cuales, cabe resaltar no está comprendida la fibra oscura que se encuentre instalada y menos aun la que se proyecte en el futuro.

Tal como lo reconoce el artículo 4.1.5.3 de la misma Resolución 5050 de 2015, para la declaratoria de nuevas instalaciones esenciales, la CRC precisa de una decisión expresa en que determine precisamente que se cumplen los criterios establecidos para definir una instalación como esencial, de conformidad con lo dispuesto en la normatividad andina, y que se trate de recursos físicos y/o lógicos asociados a las redes de telecomunicaciones de proveedores de redes y servicios para fines de acceso o interconexión, condiciones que no se cumplen tratándose de recursos físicos como fibra oscura que no se encuentra asociada, vinculada ni constituye por sí mismo una red de telecomunicaciones.

Hasta la fecha, la CRC no ha declarado ni puede declarar la fibra oscura como una instalación esencial para efectos de acceso e interconexión, por cuanto no cumple los criterios establecidos para tal fin y además, porque su instalación no implica que esté por ese hecho asociada a una red de telecomunicaciones.

En consecuencia, los reportes de información establecidos en el artículo 6 del proyecto regulatorio publicado, con el objeto de exigir información a los titulares de fibra oscura es improcedente y violatorio de las normas superiores, por las razones expuestas.

6. EL PROYECTO REGULATORIO ASIMILA EQUIVOCADAMENTE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PORTADOR CON LA INTERCONEXIÓN ENTRE REDES DE TELECOMUNICACIONES

Luego de examinar el proyecto regulatorio, resulta paradójico que esa entidad concluya que hay disparidad de interpretaciones sobre las normas que gobiernan la materia. Esa disparidad de interpretaciones solo existe en los documentos del proyecto y en el desconocimiento de los pilares fundamentales del régimen de telecomunicaciones, que se han aplicado hasta ahora en Colombia de manera pacífica y uniforme hace ya más de tres décadas y que la propuesta regulatoria pretende modificar, alterar y cambiar sin una norma legal que lo soporte.

La pretensión de aplicar las normas de interconexión a la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es una franca equivocación conceptual desde toda perspectiva.

En efecto, la interconexión está dispuesta para la vinculación de redes de telecomunicaciones, con el propósito de hacer posible el intercambio de tráfico entre usuarios de dos o más operadores.

Por el contrario, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones no tiene como propósito el intercambio de tráfico entre usuarios de diversos operadores, sino la satisfacción de una necesidad específica de telecomunicación de un usuario determinado, sea este o no un PRST mayorista.

Cuando un PRST suministra una red y un servicio de telecomunicaciones al mercado mayorista, el objeto del acuerdo es satisfacer la necesidad de un usuario mayorista, generalmente otro PRST o un gran consumidor de redes y servicios de telecomunicaciones, quien a su vez utiliza las redes y servicios suministrados para atender a sus propios usuarios finales.

El aprovechamiento de una red o de un servicio de telecomunicaciones como soporte de otras redes y servicios de telecomunicaciones nunca ha sido y jamás puede confundirse con una interconexión,

por cuanto como lo reconoce la propia CRC en su Resolución 5050 de 2015, esta institución permite la interoperabilidad de servicios y el intercambio de tráfico entre usuarios de operadores distintos.

Ni la provisión de la red de telecomunicaciones y, mucho menos, la prestación del servicio portador al mercado mayorista puede asimilarse, confundirse, regularse o someterse a las reglas previstas para la interconexión, en tanto y en cuanto su objeto y finalidad no resultan asimilables. La única cuestión en común que existe entre la prestación de redes y servicios públicos de telecomunicaciones y la interconexión de redes de telecomunicaciones es que se tratan de cuestiones relativas a las telecomunicaciones, pero ello no significa que sean iguales o asimilables.

Desde el punto de vista económico financiero la provisión de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones está sujeta a régimen de libertad tarifario, lo que significa que desde esta perspectiva los PRST tienen una amplia facultad para definir las tarifas que cobran a sus clientes o usuarios, tanto del mercado mayorista como minorista. La prestación de redes y servicios de telecomunicaciones implica siempre una remuneración económica del usuario a favor del PRST que suministra la red o el servicio.

Por el contrario, la interconexión, en la medida que involucra el intercambio de tráfico y el aprovechamiento mutuo de las redes y servicios que utilizan los PRST que acuerdan la interconexión, comporta el acuerdo sobre las condiciones en que ambas partes y no una sola como sucede en el caso anterior, remunera el uso o aprovechamiento de la otra red.

Esta sola circunstancia es razón suficiente para desvirtuar cualquier tipo de similitud entre la provisión de la red y servicio público de telecomunicaciones con la institución de la interconexión de redes de telecomunicaciones.

Producto de su propia confusión conceptual, la propuesta regulatoria termina proponiendo medidas regulatorias que, si bien son razonables para las relaciones de interconexión, son absolutamente exóticas, inaplicables y no tienen antecedente sobre la provisión de servicios de telecomunicaciones en el país.

No existe un solo caso en la regulación de telecomunicaciones vigente que la CRC imponga a algún proveedor de servicios de telecomunicaciones el depósito, registro o envío de los contratos que el PRST celebre con sus usuarios, sean estos del mercado minorista o mayorista.

Pretender imponer una carga como esta solo a quienes prestan el servicio portador mayorista local a través de una tecnología específica como a FTTH, no solo es discriminatorio, viola el principio de neutralidad tecnológica reconocido en la ley, es irrelevante como instrumento para la protección y fortalecimiento de la competencia, al tiempo que establece cargas injustificadas y onerosas a quienes proveen esos servicios portadores, sobre prestaciones que la propia CRC reconoce que se trata de un mercado apenas incipiente y de reciente creación, que no tiene por qué sujetarse a este tipo de medidas.

Esta exigencia por lo demás constituye una clara afectación de los derechos de los comerciantes de bienes y servicios, que el Código de Comercio y la normatividad Andina ampara y reconoce

como integrantes de su patrimonio, sobre los cuales existe protección a su reserva y que no pueden ser exigidos por la administración sin una causa legal válida que lo justifique, para los estrictos fines de su competencia, condiciones que evidentemente no se cumplen en este caso

De igual manera, como consecuencia de la aplicación equívoca de las normas superiores y la confusión entre la provisión de los servicios con la interconexión, la CRC propone que se aplique solo a ciertos y determinado tipo contratos de prestación de servicios portadores (es decir, solo a los contratos para la prestación de servicios mayoristas locales a través de tecnología FTTH) las normas dispuestas a la interconexión de redes, especialmente en materia de terminación, suspensión por no pago y garantías, que además de ser impropias resultan injustificadas e inaplicables.

En primer lugar, como ya se dijo, una propuesta regulatoria de esa naturaleza crea un tratamiento discriminatorio injustificado contra los prestadores de los servicios portadores locales con tecnología FTTH. Por qué razón los demás servicios portadores locales con tecnologías distintas no se someten a las mismas reglas es una incógnita, que no se encuentra justificada ni nunca ha explicado la CRC.

Es más, por qué el proveedor de un servicio portador tiene que mantener la provisión de un servicio cuando el usuario, mayorista o no, incumple con el pago del precio convenido, es un hecho que tampoco se explica ni justifica por la CRC.

Finalmente, resulta el culmen del rompimiento del orden lógico de las cosas, que la propuesta regulatoria imponga al proveedor del servicio portador la obligación de otorgar garantías económicas al usuario, al tiempo que libera a dicho usuario de la obligación de respaldar sus obligaciones. Para información de la CRC, en derecho las garantías por regla general se otorgan o exigen a los deudores para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones. En los contratos de servicios, entre los que están los de telecomunicaciones, el deudor de la obligación económica de pagar es el usuario que contrata el servicio y no el operador que lo presta.

En este orden de ideas, tampoco tiene ninguna justificación imponer el otorgamiento de garantías al acreedor en favor del deudor y, si se tratarán de garantías por la obligación de hacer a cargo del operador, ello tampoco liberaría al deudor o usuario de la obligación de pagar oportunamente por el servicio suministrado y garantizar que ello se cumpla.

Nuevamente, está lógica incomprensible de la regulación propuesta resulta a todas luces exótica, inexplicable y no tiene antecedentes en Colombia, puesto que no existe en la actualidad una regulación que imponga a algún proveedor de servicios de telecomunicaciones la obligación de otorgar garantías a favor del usuario que los contrata. Ni siquiera el régimen de protección de los usuarios consagra semejante carga y, mucho menos, la regulación de la CRC aplicable a los contratos de condiciones uniformes de servicios de telecomunicaciones.

Menos resulta justificable y adecuado exigir este tipo de garantías a unos determinados operadores de servicios, que dicho sea de paso por ser nuevos y de reciente surgimiento en el mercado deben ser promovidos, fomentados y liberados de regulaciones excesivas e inútiles como las consagradas en la propuesta de la CRC.

7. LA PROPUESTA REGULARÍA VIOLA EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

Como se ha manifestado antes, la propuesta regulatoria está directamente dirigida a establecer reglas especiales para las redes y servicios portadores mayoristas que utilizan tecnología FTTH (*fiber to the home* por sus siglas en inglés).

Las Leyes 1341 de 2009 y 1978 de 2019 son reiterativas en señalar que en Colombia el régimen legal de telecomunicaciones y, naturalmente, la regulación derivada del mismo debe respetar el principio de neutralidad tecnológica.

Ello significa que para la prestación de las redes y servicios de telecomunicaciones se puede utilizar cualquier tipo de tecnología y, que no pueden establecerse condiciones regulatorias distintas en función dicha tecnología, pues ello implicaría un trato discriminatorio y anticompetitivo.

El documento justificativo de la CRC deja de explicar las razones por las cuales excepciona o desconoce el principio de neutralidad tecnológica para los servicios portadores mayoristas locales y se concentra solamente en aquellos que se prestan a través de tecnología FTTH.

No puede soslayarse el hecho que los servicios portadores locales pueden prestarse a través de diversos tipos de tecnologías y redes, pueden ser alámbricos, inalámbricos, ópticos, y suministrarse por operadores que suministran servicios fijos y móviles.

Excluir a los servicios portadores locales que se prestan a través de tecnologías distintas a la de FTTH, no solo es injustificado, injustificable e ilógico, pues si la pretensión es promover la competencia todas las redes y servicios portadores locales deben sujetarse a una propuesta regulatoria idéntica.

No hacerlo quebranta la libre competencia que se busca proteger y promover.

En los anteriores términos quedan expuestas nuestros comentarios, observaciones y objeciones al proyecto regulatorio de la referencia que sustentan las inconveniencias legales de su expedición en los términos propuestos y confiamos que aporten y sirvan para su análisis y a la decisión final.

De Uds. atentamente,



Tovar Fajardo & Asociados