

Bogotá D.C., 28 de octubre de 2011

Señor Doctor
CRISTHIAN LIZCANO ORTIZ
Director
Comisión de Regulación de Comunicaciones
Despacho.-

Referencia: Comentarios al proyecto de resolución “por la cual se determinan las condiciones de acceso a las redes de telecomunicaciones por parte de proveedores de contenidos, y aplicaciones y se dictan otras disposiciones”

Respetado Señor Director:

Alfredo Fajardo Muriel, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 12.974.740, en mi propio nombre y representación y dentro de la oportunidad dispuesta para el efecto por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, mediante el presente escrito formulo observaciones al proyecto de resolución indicado en la referencia, el cual se encuentra publicado para comentarios en la página electrónica de esa entidad en los siguientes términos:

1. Ejercicio de la facultad de regulación de la CRC

El ejercicio de la facultad de regulación es una posibilidad que debe ser ejercida cuando existan condiciones en el mercado que impliquen la necesidad de adoptar medidas para proteger, fomentar y profundizar la competencia, así como para evitar que quienes ostenten una posición dominante en el mercado puedan afectar adversamente la competencia.

Así las cosas, la facultad de regulación constituye una posibilidad que brinda el ordenamiento jurídico a la CRC, cuando se tipifican las condiciones legales para ejercerla, y solamente puede ser ejecutada respecto de los administrados que tienen la calidad de regulados o sujetos a la regulación o de las actividades sometidas a la regulación, de manera que las competencias de la CRC no pueden ser ejercidas en relación con aquellos sujetos o actividades que se encuentran por fuera del ámbito de las competencias de la CRC, o lo que es igual sobre todo el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, como quiera que dentro del sector la mayoría de las actividades son libre y no están sometidas a la regulación de esa entidad.

De ahí que si se han producido conductas o circunstancias en el mercado que afectan o menoscaban el derecho que legalmente tienen reconocidos los proveedores de contenidos y aplicaciones para acceder a las redes de telecomunicaciones, lo natural es que la regulación esté

destinada a conjurar tales conductas por quienes tienen a su cargo la administración y provisión de las redes de telecomunicaciones, quienes son los sujetos y ejercer las actividades que están sometidas a la regulación del Estado. Pero no resulta razonable que para propender por el libre acceso a las redes o para proteger los derechos que han sido menoscabados a los proveedores de contenidos y aplicaciones se adopten o expidan normas que regulen a estos últimos, como lo propone el proyecto publicado por la CRC.

Pretender que quien resulta ofendido en su derecho al acceso a las redes de telecomunicaciones pueda ser resarcido o protegido por el regulador mediante la imposición de un conjunto de deberes, obligaciones y restricciones a su derecho resulta contradictorio con el objetivo de la regulación, puesto que dicha regulación en cambio debería estar dirigida a regular e impedir la conducta de quien menoscaba, desconoce o impide el ejercicio del derecho, es decir del proveedor de la red, y no del sujeto que requiere el acceso a ella.

Por esta circunstancia sugiero que la resolución propuesta por la CRC sea reformulada en el sentido de excluir del ámbito de la regulación a los proveedores de contenidos y aplicaciones, quienes no son sujetos de la regulación ni ejercen o desarrollan actividades que correspondan al ámbito o competencia de la regulación de comunicaciones y, en particular que se elimine el artículo 5º del proyecto publicado.

2. La provisión de contenidos y aplicaciones es libre y no está sujeta a regulación estatal

No cabe duda que tanto quienes proveen contenidos y aplicaciones como la actividad de provisión de unos y otras hacen parte del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1341 de 2009.

Pero ello no implica ni puede entenderse en el sentido que todos los sujetos y actividades que hacen parte del mencionado estén sujetos o sea materia de la regulación del Estado.

Cabe resaltar que el artículo 4 de la Ley 1341 señala como objetivos de la intervención del Estado promover los derechos de los usuarios, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la prestación de servicios que utilicen las TIC, el uso eficiente de la infraestructura y la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos, de manera que los proveedores de contenidos y aplicaciones no están sujetos a una intervención dirigida a limitar o restringir el ejercicio de sus derechos, ni al establecimiento de condiciones u obligaciones previas para el ejercicio de tales actividades, sino por el contrario a una intervención dirigida a proteger y fomentar el libre ejercicio de sus potestades.

A diferencia de lo anterior, el mismo artículo 4 de la Ley 1341, en el numeral 10 dispone que son los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones los que están sujetos y a quienes se les puede imponer obligaciones de provisión sobre los servicios y usos de su infraestructura. De ello resulta evidente, que los proveedores de servicios distintos a los de telecomunicaciones o de bienes distintos a las redes de telecomunicaciones, están excluidos de esa potestad estatal.

Los proveedores de contenidos y aplicaciones no prestan servicios de telecomunicaciones, no son ni tienen la calidad de operadores de telecomunicaciones, ni ofrecen tales contenidos y aplicaciones en ejercicio de la habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones. Cosa distinta es que los proveedores de contenidos y aplicaciones hagan uso o requieran hacer uso de las redes y servicios de telecomunicaciones para el giro ordinario de sus negocios, lo que los convierte en simple usuarios del servicio o de las redes de uso público, pero esta circunstancia no implica ni puede legalmente implicar que queden sujetos y su actividad sometida a la regulación propia y exclusiva de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.

Es más, conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 es evidente que la CRC ejerce su competencia única y exclusivamente en relación con las redes y los servicios de telecomunicaciones sin involucrar dentro de sus funciones las demás actividades o personas que hagan parte del sector de TIC.

De ahí que tampoco resulte explicable el alcance y objetivo del proyecto de resolución publicado para comentarios, en el sentido que propende por regular en sus normas a los sujetos que proveen contenidos y aplicaciones, así como las actividades que dichas personas ejercen. Tanto desde la perspectiva de los sujetos, como de las actividades que cumplen, los proveedores de contenidos y aplicaciones no pertenecen al ámbito de las competencias legales a cargo de la CRC, de manera que esa entidad no puede imponerles deberes, obligaciones o requisitos para el ejercicio de sus negocios.

3. La provisión de aplicaciones y contenidos no está sujeta legalmente a registro

El Título III, artículos 7 a 9 del proyecto de resolución sujeta a comentarios establece la obligación a cargo de los proveedores de contenidos y aplicaciones de tramitar una inscripción en un registro que crea la CRC; impone a dichas personas la responsabilidad y obligación de mantener actualizada esa información; y determina la información que debe ser suministrada por quienes son sometidos al registro.

Primero, no existe fundamento legal alguno que permita la creación del Registro de proveedores de contenidos y aplicaciones a los que alude la CRC. En segundo lugar, tampoco hay sustento jurídico que permita a la CRC imponer requisitos previos para el ejercicio de una actividad libre, como es la provisión de contenidos y aplicaciones. Y, además, tampoco puede imponer la CRC la obligación de suministrar información a cualquier persona, pues sus competencias están restringidas y limitadas sobre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.

Pero si lo anterior fuera poco cabría también preguntarse cuál es el beneficio (legitimidad) o la protección que reciben los proveedores de contenidos y aplicaciones para el ejercicio de sus derechos de una medida regulatoria como las propuestas en el Título III del proyecto de resolución. En nada beneficia la imposición de un registro previo a los proveedores de contenidos y aplicaciones para la protección de sus derechos, por el contrario, lo que hace es entorpecer la facultad que ostenta el particular y sujetarlo a trámites y barreras de entrada al mercado innecesarias.

En consecuencia, el Título III del proyecto de resolución publicado es contrario a derecho, por adolecer de sustento jurídico suficiente y también por cuanto el objetivo de la norma en nada contribuye a la protección y promoción de los derechos de los proveedores de contenidos y aplicaciones.

4. Reportes de información

Al igual que sucede con el registro, también son ilegítimos los reportes de información que el artículo 25 del proyecto de resolución exige a los integradores tecnológicos, puesto que, como se ha señalado a lo largo de este escrito quienes cumplen esa función no son proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y, por consiguiente no hacen parte del conjunto de personas que están sujetas a la regulación de la CRC.

La información sobre este tipo de actividades debe recabarla la administración de los sujetos regulados (proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones) y conformarla a partir de sus propios esfuerzos y estudios, pero en modo alguno puede ser impuesta como obligación a personas que no hacen parte del ámbito de competencias de la CRC.

5. **La provisión de contenidos y aplicaciones no se gobierna por el régimen de protección a usuarios previsto para las redes y servicios de telecomunicaciones**

El Título VI del proyecto extiende el régimen de protección de usuarios de redes y servicios de comunicaciones a los usuarios de los servicios de provisión de contenidos y aplicaciones, sin que medie ningún sustento para el efecto.

Sea lo primero señalar que quien suministra o entrega contenidos y aplicaciones provee bienes o información a sus usuarios, lo que constituye una típica obligación de dar, mas no presta servicios ni realiza actividades que involucren una obligación de hacer, como sucede en el caso de los servicios de comunicaciones.

La sola diferencia entre la naturaleza de las obligaciones que existen entre un proveedor de aplicaciones y contenidos y las de un proveedor de comunicaciones demuestra que no resulta posible sujetar a los usuarios a un mismo régimen de protección.

Si el fundamento para la aplicación del régimen de protección al usuario de comunicaciones se basa en el hecho que los servicios de contenidos y aplicaciones hacen uso de redes y servicios de telecomunicaciones, entonces la conclusión inmediata sería colegir que todo servicio que se preste en Colombia y donde medie el uso de la telecomunicación también estaría sujeto al régimen de protección al usuario de comunicaciones. Bajo ese entendimiento entonces la banca, el comercio en general, la industria, la salud, la educación, la defensa y en general cualquier actividad económica donde medie la presencia de telecomunicaciones estaría sujeta al régimen de protección de usuarios señalado por la CRC y, esta entidad, sería la reguladora de todos los usuarios de bienes y servicios del país, sin importar su naturaleza, pues estarían vinculados con la comunicaciones.

Desde luego, tampoco resulta razonable, cómo este tipo de medidas protegen a los proveedores de contenidos y aplicaciones en el libre ejercicio de sus derechos, puesto que aunado con el régimen general de protección al usuario que se les aplica por mandato de la ley, también estarían sujetos al cumplimiento de las normas del régimen de protección de los usuarios de redes y servicios de comunicaciones, pero por inventiva propia de la CRC.

En este sentido, la medida regulatoria propuesta lo que hace es impedir la libre provisión de ese tipo de contenidos y aplicaciones, constreñir la competencia y tiene por efecto favorecer a los proveedores de telecomunicaciones que explotan conjuntamente los servicios de telecomunicaciones con los servicios de aplicaciones y contenidos, pues en su caso el cumplimiento de una regulación como la propuesta por la CRC no ofrece ninguna dificultad o

costo adicional en la medida que desde el inicio deben dar cumplimiento al régimen de protección a usuarios, pero en lo que hace exclusivamente a las comunicaciones, y ninguna dificultad tendrían en extenderlo a los servicios de contenidos y aplicaciones.

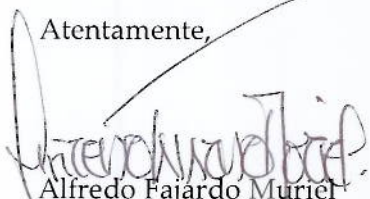
El régimen de protección al usuario de que trata la Ley 1341 de 2009 y que la norma faculta expedir a la CRC es aquel vinculado con el servicio público, es decir, con la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, sobre los cuales el Estado sí ejerce una función permanente de regulación, vigilancia y control. Pero semejante medida no tiene sentido ni lógica que se aplique sobre prestaciones que se ofrecen libremente en el comercio, que no tienen la condición de ser servicios públicos y que adicionalmente ya se encuentran sujetos a las normas generales de protección de los usuarios establecidas para todo el comercio de bienes y servicios.

Por estas razones carecen de fundamento jurídico las propuestas de modificación de que tratan los artículos 30, 31, 32, 33, 34 y 35 del proyecto publicado para comentarios.

En el mismo sentido, es cuestionable la facultad de intervención que pretende ejercer la CRC en materia tarifaria sobre la provisión de contenidos y aplicaciones (Sección I del Título VI), en tanto y en cuanto esa potestad está restringida y limitada para los servicios y redes de telecomunicaciones mas no para la provisión de otros servicios distintos.

Agradezco a la CRC la oportunidad brindada a los interesados para que presentemos comentarios y espero que estas respetuosas consideraciones puedan ser útiles con el objeto de precisar y enriquecer la propuesta de regulación publicada.

Atentamente,



Alfredo Fajardo Muriel
C.C. 12.974.740
Calle 67 No 7-37, Oficina 608
Bogotá D.C. - Colombia