

02-1126

Bogotá D.C, 27 de mayo de 2021

Doctor

**Sergio Martínez Medina**

Director Ejecutivo

Comisión de Regulación de Comunicaciones

Ciudad

**Asunto:** Comentarios a la Propuesta de modificación de la Decisión Andina 638 de 2006, que trata sobre los “Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina”

Respetado Director,

Inspirados en el bien común, en la democracia participativa, en la modernización del Estado y en la búsqueda del mayor desarrollo, inclusión y beneficio social para los colombianos, desde la Cámara de Industria Digital y Servicios de la ANDI trabajamos por mejorar la competitividad digital del país. Es así como atendiendo el interés de construir un país competitivo en concordancia con las dinámicas globales, nos permitimos manifestar a través de esta comunicación algunos comentarios con relación al documento en mención. Solicitamos respetuosamente nuestros comentarios sean tenidos en cuenta por la entidad.

### **1. Comentarios Generales**

Sea lo primero señalar que reconocemos los esfuerzos de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (“CRC”) por participar en el proceso normativo regional en materia de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (“TIC”), propendiendo por la protección de los derechos de los usuarios de estos servicios. Sin embargo, es necesario solicitar a la Comisión la revisión del alcance del proyecto frente a las competencias legales otorgadas en la ley 1341 de 2009, así como la facultad y pertinencia de reglamentar en el detalle que propone el proyecto derechos fundamentales como lo son la intimidad y la protección de datos personales por parte de la CAN.

De igual manera, hemos de llamarla atención de manera general sobre el detalle y desarrollo de algunos aspectos que consideramos deben ser regulados exclusivamente por parte de las

autoridades regulatorias de los países miembros, pues el margen para regular aspectos como la conservación del número, roaming, protección de datos personales, seguridad de la información, ciberseguridad, factura de servicios entre otros, evidentemente resulta disminuido considerablemente, ante el detalle y la regulación extensa establecido en el proyecto, lo cual va en menoscabo de las competencias internas de las autoridades del sector, de los análisis y estudios de impacto normativo que se requiera realizar así como del dinamismo propio del sector de las TIC

En este contexto, dadas las condiciones normativas particulares que caracterizan a cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina, solicitamos tener en cuenta la conveniencia de someter esta iniciativa normativa a un análisis previo de impacto normativo AIN, metodología recomendada por la OCDE, que permite evaluar y anticipar las consecuencias de la implementación de una norma o modificación de una norma vigente, ya que cualquier intervención

Para la OCDE, el AIN o RIA (por sus siglas en inglés), es un instrumento que aplica la administración pública, luego de la intención de intervenir mediante una norma. Esta herramienta examina y cuantifica los beneficios, costos y efectos que puede generar un cambio regulatorio o una nueva norma, cuya aplicación contribuiría a la calidad, eficiencia y eficacia del proceso regulatorio, ya que pretende identificar y ordenar la información relevante al valorar la regulación con el fin de facilitar la toma de decisiones y hacerla más transparente.

En el mismo sentido, es importante una vez sea publicado este documento de análisis de impacto normativo otorgar un plazo prudencial para su análisis y realizar un estudio en profundidad del documento que nos ocupa, dada su importancia y la complejidad de las modificaciones que pretende introducir a la regulación colombiana en materia de protección al usuario en servicios de telecomunicaciones, ya que en varios artículos significa un retroceso a los procesos regulatorios internos que se han adelantado como fruto de procesos extensos y juiciosos que redundan en beneficio del usuario final.

Así mismo, consideramos pertinente mencionar que el régimen de protección al usuario en Colombia ha sido actualizado recientemente en dos ocasiones por el regulador y está alineado con estándares internacionales. i) En el año 2016 realizó la revisión integral del régimen de protección de los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones que se fundamentó en estudios en economía del comportamiento y psicología del consumidor dando como resultado la expedición de la Resolución CRC 5111 de 2017. ii) Recientemente, en marzo de este año a través de la Resolución CRC 6242 de 2021, la Comisión modificó el régimen de protección a los usuarios con el fin de promover la digitalización de las interacciones entre los operadores y sus usuarios.

## **2. Comentarios Específicos**

### **a. Sobre el Artículo 2. Ámbito de aplicación de la decisión**

En primer lugar, sobre Artículo 2.1. “Ámbito de aplicación de la Decisión”, en el cual se establece:

*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.” (Subraya fuera del texto original).*

Notamos con preocupación que el ámbito de aplicación establecido por este artículo es excesivamente amplio, con lo cual, se podrían generar interpretaciones erradas con respecto a los sujetos a quienes la decisión les sería aplicable. Es claro que, desde su expedición en 2006, esta decisión busca ser aplicable a dos sujetos en general: a los Estados Miembros de la Comunidad Andina (Artículo 2.2. propuesto) y a los “operadores, proveedores, prestadores y comercializadores de redes y servicios de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” (“PRST”). Sin embargo, el Artículo 2.1. Incluye además de estos sujetos a “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”.

En primer lugar, es importante recordar que la Comunidad Andina contempló la Decisión 638 desde un principio como una protección de los usuarios frente a los PRST<sup>1</sup>. Incluso la CRC, a través de múltiples resoluciones<sup>2</sup>, ha dado alcance a esta Decisión únicamente para referirse a los usuarios y PRST, sin ampliar el ámbito de aplicación de la misma a otro tipo de proveedores de servicios. Por lo tanto, cualquier interpretación o aplicación de la Decisión 638 de 2006 que pretenda incluir a sujetos que no estén directamente involucrados con la

---

<sup>1</sup> Comunidad Andina, Decisión 638 del 19 de julio de 2006, p.1: “LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA [...] CONSIDERANDO [...] Que la liberalización del comercio de *servicios de telecomunicaciones*, la intensificación de la competencia y la libre elección de los *servicios de comunicaciones* son paralelas con el establecimiento de un marco regulador armonizado que garantice la prestación del *servicio de telecomunicaciones y el derecho de los usuarios del mismo*” (subrayas fuera del texto original). Disponible en <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Decisiones/DEC638.doc>

<sup>2</sup> Ver en ese sentido Resolución 4296 del 16 de agosto de 2013 y Resolución 5078 del 29 de diciembre de 2016, disponibles en [https://normograma.mintic.gov.co/mintic/docs/resolucion\\_crc\\_4296\\_2013.htm](https://normograma.mintic.gov.co/mintic/docs/resolucion_crc_4296_2013.htm) y [https://normograma.info/crc/docs/resolucion\\_crc\\_5078\\_2016.htm](https://normograma.info/crc/docs/resolucion_crc_5078_2016.htm) respectivamente.

provisión de redes y servicios de telecomunicaciones estaría sobrepasando el alcance de esta norma.

Así mismo, el régimen de protección a los usuarios colombiano establece expresamente excepciones a su aplicación, por ejemplo 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.

A nuestro parecer, la redacción propuesta para el Artículo 2.1. amplía en exceso el ámbito de aplicación de la Decisión, a tal punto que podría incluir sujetos diferentes a los PRST o sus usuarios. De esta manera, si se establece que la Decisión aplicará a *“cualquier otro tipo de persona natural o jurídica [...] que permita la realización [...] de cualquier tipo de comunicación a través de redes”*, podría entenderse como una extensión del ámbito de aplicación, pues una *“comunicación a través de redes”* podría considerarse como un servicio que prestan una multiplicidad de sujetos y no únicamente los PRST. Tal sería el caso de los Proveedores de Contenidos y Aplicaciones (“PCA”), quienes pueden prestar servicios de comunicación a través de redes como lo sería una red social, un servicio de mensajería instantánea o un servicio de correo electrónico.

Vale recordar que la misma CRC ha establecido que los PCA son

*“[a]gentes responsables directos por la producción, generación y/o consolidación de contenidos y aplicaciones a través de redes de telecomunicaciones. Estos actores pueden o no estar directamente conectados con el PRST sobre los cuales prestan sus servicios. Quedan comprendidos bajo esta definición todos aquellos actores que presten funciones como productores, generadores o agregadores de contenido.”*<sup>3</sup>

Por otra parte, la definición de PRST presentada por el Ministerio de las TIC establece que estas son las *“[personas jurídicas] responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros”* Es claro entonces que existe una diferencia sustancial en el tipo de proveedores de los que tratan estas dos definiciones, y por lo tanto no se deben confundir ni tampoco aplicarles las mismas obligaciones y responsabilidades a ambos. Mucho menos puede considerarse que las normas aplicables a uno sean, por analogía, aplicables al otro.

Adicionalmente, reforzamos nuestro comentario sobre la amplitud preocupante de éste artículo, si se tiene en cuenta su última frase, a saber: *“independientemente de si el país en el*

---

<sup>3</sup> La Resolución CRC 3501 de 2011 en su artículo 3 numeral 3.7. define a los PCA

*cual se realiza, cursa, transita o termina la comunicación está o no ubicado en la Comunidad Andina”, pues es evidente que la CAN no podría entrar a revisar la aplicabilidad de estas disposiciones sobre “comunicaciones” que se inicien, transiten en un país no miembro y/o finalicen en otro que tampoco sea parte. Así las cosas, consideramos que esta frase final se puede prestar a interpretaciones amplias que incluirían contextos de potencial aplicación de las disposiciones propuestas en terceros países, no miembros de la Comunidad Andina, lo cual sería de imposible ejecución e imposición.*

Es por ello que consideramos que una interpretación de la Decisión en la que se incluyera a los PCA como sujetos de la misma sería, incorrecta, pues tanto las consideraciones como el contenido de la norma están contempladas para su aplicación a los PRST. Con base en esto, respetuosamente consideramos que la definición usada es errónea y da cabida a interpretaciones por fuera del alcance de la norma, por lo que solicitamos que la modificación propuesta se elimine y por el contrario haga remisión concreta al ámbito de aplicación de la Decisión 638 de 2006 original.

#### **b. Sobre el 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”*

Sobre la inclusión de artículos relacionados con datos personales, es pertinente mencionar que en Colombia se trata de un derecho fundamental, por ende, su reglamentación requiere las formalidades de una ley estatutaria, por lo tanto una norma comunitaria no podría entrar a contradecir la normativa nacional que ha tenido revisión constitucional por tratarse de derechos fundamentales. Hacemos esta claridad dado que las normas comunitarias como el caso que nos ocupa “no integra el bloque de constitucionalidad en cuanto no regula derechos fundamentales sino relaciones económicas”<sup>4</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional,

“[...] no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad bajo la previsión del artículo 93 de la Carta Política, pues es claro que no todos ellos involucran el reconocimiento y la protección de derechos humanos, al menos en forma directa’. En efecto, ‘ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional, ya que sin perjuicio del respeto a los principios superiores del ordenamiento constitucional [...] su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros,

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00074-00(2293)

monetarios, técnicos, etc., de donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, similar a la prevista en el artículo 93 de la Carta, carece de sustento”<sup>5</sup>

En suma, cualquier artículo referido a protección de datos personales, debería limitarse a mencionar que los proveedores deben cumplir con las normas de cada país dispuestas en materia de protección de datos personales, ir más al detalle se constituye en una violación al principio de seguridad jurídica, ya que desconoce las normas nacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, realizamos los siguientes comentarios:

Al respecto consideramos respetuosamente que es importante definir a qué se refiere con consentimiento expreso. En Colombia, los Titulares autorizan el Tratamiento bien sea por escrito o verbalmente, o mediante conductas inequívocas.

En cuanto al flujo de datos, 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, puestos 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, en caso de que este tercero vaya 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, consideramos importante que la referencia del artículo no vaya en contravía de estas dos formas de compartir datos en Colombia.

### **c. Sobre el Parágrafo 3 del artículo 3.**

*“(..)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”*

Agradecemos se aclare 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, de ser así esto representaría una carga muy grande para el operador.

---

<sup>5</sup> Sentencia C-491/19. Magistrado ponente: CARLOS BERNAL PULIDO. Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

**d. Sobre el 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”*

Al respecto, consideramos importante incluir como excepción las normas locales que obligan a mantener la información personal por un tiempo mayor. Por ejemplo, atendiendo al hecho de que es posible conservar la información para dar cumplimiento a obligaciones legales o contractuales, como sería el caso de las obligaciones derivadas de las normas contables.

En la legislación colombiana los datos personales pueden conservarse por el responsable de manera indefinida, aunque se reconoce el derecho del titular a solicitar su supresión con la siguiente limitación: que exista un deber legal o contractual que obligue a la conservación del dato personal. Sugerimos que se conserve esta libertad toda vez que el citado artículo 4 del proyecto CAN, va en contra de la legislación nacional que, se reitera, es regulado por mandato constitucional por una ley estatutaria y demás normas concordantes, al tratarse de un derecho fundamental.

**e. Sobre el Artículo 8. Derecho a la información.**

*“(…) 5. La disponibilidad y calidad de los servicios ofrecidos. 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”.*

Consideramos respetuosamente que el aparte subrayado va en contravía de la Resolución 6242 de 2021, en donde se exceptúa la entrega en medios físicos y/o atención por medios físicos de interacciones digitalizadas cuando las mismas han sido previamente informadas a los usuarios.

En ese sentido, sugerimos que este tipo de condiciones sean reguladas por los países miembros y las decisiones de la CAN solo fijen criterios generales de aplicación, por lo que se sugiere la siguiente redacción:

*“(…) 5. La disponibilidad y calidad de los servicios ofrecidos. 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 electrónico y/o digitales, conforme a lo establecido en la normativa interna de cada país miembro”.*

- f. **Sobre el Artículo 9. Derecho a la conservación del número y al nomadismo del servicio por parte del usuario.**

Se sugiere aclarar la definición y alcance del derecho al nomadismo de los servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por parte de los usuarios.

- g. **Sobre el Artículo 11. Derecho libre acceso a contenidos, aplicaciones y servicios, así como a su correspondiente uso.**

Consideramos respetuosamente que el artículo 11 establece principios ya establecidos en el marco vigente, en esa medida resaltamos que los usuarios, al acceder a los diferentes contenidos y aplicaciones deberán respetar los derechos de los creadores, las políticas de uso del contenido, y aplicación de la que se trate y adicionalmente, reconocer los derechos y tasas que imponga el contenido o la aplicación por el disfrute y uso de la misma.

- h. **Sobre el Artículo 12. Derecho al trato equitativo y no discriminatorio del tráfico (gestión de tráfico)**

*“Artículo 12.- Derecho al trato equitativo y no discriminatorio del tráfico (gestión de tráfico).*

*Los usuarios tienen el derecho a que sus Operadores de servicios de acceso a Internet y los proveedores de contenidos garanticen un trato equitativo y no discriminatorio del tráfico de Internet, independientemente del emisor y el receptor, del tipo de contenido, aplicaciones o servicios.”*

Con base en la diferenciación presentada entre los PRST y los PCA, presentada en el literal a de este documento, consideramos que un artículo en el que se mencionen explícitamente a los “proveedores de contenidos” estaría, nuevamente, extendiendo indebidamente el ámbito de aplicación de la Decisión. Una Decisión que esté encaminada a regular a los PRST no debe incluir obligaciones para los PCA, pues como explicamos anteriormente estos son dos tipos de servicios y proveedores muy diferentes, los cuales no deben ser confundidos.

- i. **Sobre el Artículo 15. Acceso Universal**

Es necesario señalar que la garantía del derecho de los usuarios al acceso universal a los servicios de Telecomunicaciones y TIC, a un precio asequible, corresponde a deberes de los países miembros a través de los fondos universales, para el caso de Colombia del FUTIC, por lo que se sugiere la siguiente redacción:

*“Artículo 15.- Acceso universal.*

*Garantizar a través de políticas públicas y con cargo a fondos universales de los países miembros, el derecho de los usuarios al acceso universal a los servicios de telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), a un precio*



*asequible, de acuerdo con las definiciones y los niveles de calidad previstos en las normativas nacionales de los Países Miembros.”*

**j. Sobre el Artículo 16. Protección de los usuarios frente a las prácticas comerciales. numeral 5**

Consideramos respetuosamente que esta norma podría ir en contra de las funciones de la CRC respecto de las reglas sobre empaquetamiento que actualmente están definidas, particularmente respecto de lo establecido en la resolución 5406 de 2018, por lo cual sugerimos la siguiente redacción:

*“5. Prestar los servicios adquiridos sin ser obligado o condicionado a adquirir otro bien o servicio. En todo caso, la normativa interna de los países miembro podrá regular la venta conjunta o empaquetamiento de equipos terminales móviles con servicios de telecomunicaciones. “*

**k. Sobre el Artículo 25. Principios aplicables a la presentación de peticiones, quejas y reclamos - numeral 6**

En relación con este artículo, en general consideramos inadecuado que se regule con tanto detalle la presentación y respuesta de peticiones, quejas y reclamos, pues reiteramos, que esta facultad y desarrollo le corresponde a las autoridades regulatorias de cada país miembro, y entre más aspectos sean regulados sobre esta materia en una decisión CAN más se limita el accionar del regulador de cada país miembro.

Un ejemplo de lo inadecuado que es regular con tanto detalle estos aspectos reside en el numeral 6 del artículo 25 en tanto señala que se debe notificar debida y oportunamente la respuesta por medios físico o electrónicos según el usuario decida.

En primer lugar, para el caso de Colombia notificar puede llevar a la aplicación del proceso de notificación establecido en el CPACA, cuya aplicación se eliminó desde la expedición de la resolución 5111 de 2017, tal y como lo conformo la propia Comisión en el documento de respuesta a comentarios publicado con la resolución 6242 de 2021.

En Colombia no se exige el requisito adicional al envío de la respuesta para que la misma se entienda notificada al usuario, por lo que se solicita evitar el uso de la palabra “notificar” y en su lugar hablar de “enviar la respuesta al usuario oportunamente”.

Por otro lado, la disposición acá establecida resulta contraria a lo regulado en el artículo 2.1.24.3 de la resolución 5050 de 2016 modificada por la resolución 6242 de 2021 en tanto establece que el operador dará respuesta *“a través de un canal digital el cual deberá ser previamente informado al usuario, salvo que este manifieste que desea recibirlo por el mismo medio que la presentó.”*

En este sentido, esta disposición de la CAN implicaría un retroceso en la forma en que la CRC reguló el envío de la respuesta de las PQR por parte de los PRST para apropiar y promover la digitalización del régimen de protección de usuarios.

#### I. Sobre el Artículo 26. Tratamiento especial.

Sin perjuicio de los comentarios de la parte general, es necesario 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”*

Esperamos contribuir con nuestros comentarios a esta iniciativa.

Agradecemos su atención.

Cordialmente,



SANTIAGO PINZÓN GALÁN

Director Ejecutivo de la Cámara de Industria Digital y Servicios  
ANDI