

Bogotá D.C., 27 de mayo de 2021

Doctor

SERGIO MARTINEZ MEDINA

Director Ejecutivo

COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES

La Ciudad

Asunto: Comentarios respecto al Proyecto de Decisión CAN 638 “Lineamientos para la Protección de los Usuarios se Servicios de Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información (TIC)”

Respetado doctor Martínez,

Comienzo por extenderle nuestros más cordiales saludos de parte de la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones – CCIT, organización gremial que agrupa a las más importantes empresas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia. En ese sentido, hemos venido trabajando por más de 28 años apoyando el desarrollo armónico del Sector TIC en Colombia, bajo las banderas de la promoción y el crecimiento ordenado de la Industria de Tecnología en Colombia, en un ambiente de seguridad jurídica que fomente la inversión y el desarrollo económico y social del País.

En esta ocasión nos dirigimos a Usted, para respetuosamente presentar nuestros comentarios respecto al Proyecto de Decisión CAN 638 “*Lineamientos para la Protección de los Usuarios se Servicios de Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información (TIC)*”. En ese sentido, presentamos las siguientes observaciones.

1. Comentarios generales

Comenzamos señalando que reconocemos los esfuerzos de la CRC por participar en el proceso normativo regional en materia de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (“TIC”) que pretende llevar a cabo la CAN.

En este contexto, dadas las condiciones normativas particulares que caracterizan a cada uno de los países miembros de la CAN, 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.

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 que una vez sea publicado este documento de AIN, se otorgue un plazo prudencial para el análisis y 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 de los servicios de telecomunicaciones. Esto, en la medida que varios artículos implicarían un retroceso a los procesos regulatorios internos que se han adelantado como fruto de procesos de deliberación regulatoria extensos y juiciosos que redundan en beneficio para los usuarios finales.

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, se 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; y 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 particulares

2.1. Comentarios respecto 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.”

Consideramos que el ámbito de aplicación de esta norma comunitaria es muy amplio, y no tiene en cuenta las realidades del mercado de telecomunicaciones en cada uno de los países miembros. Por ejemplo, el régimen de protección de los usuarios colombiano establece expresamente que podría pactarse su inaplicabilidad, en 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 las siguientes condiciones: (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.

2.2. Comentarios respecto al Artículo 3 “Derecho a la protección de datos personales”

El artículo de Proyecto en comento menciona lo siguiente:

“(...) 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 y por tanto, su reglamentación requiere las formalidades de una Ley Estatutaria, como la Ley 1581 de 2012, la cual a su vez pasó por una revisión de la Corte Constitucional. 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 porque las normas comunitarias como el caso que nos ocupa “no integra el bloque de constitucionalidad en cuanto no regula derechos fundamentales sino relaciones económicas”¹. 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, 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”²

En suma, cualquier artículo referido a la protección de datos personales debería limitarse a mencionar que los destinatarios de la decisión deben cumplir con las normas de cada país en materia de protección de datos personales. Ir más al detalle podría constituir en una violación al principio de seguridad jurídica, ya que desconoce las normas nacionales y puede entrar en pugna con las mismas. Sin perjuicio de los anteriores argumentos, nos permitimos hacer las siguientes aclaraciones adicionales.

¹ Consejo De Estado Sala De Consulta Y Servicio Civil. C.P. Germán Alberto Bula Escobar. Bogotá, D.C., 24 de octubre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00074-00(2293)

² Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido. Bogotá, D.C., 22 de octubre de 2019.

Al respecto, consideramos pertinente definir a qué se refiere con consentimiento expreso. Particularmente 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, 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, 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 establecidos en la normatividad colombiana. En este sentido, el artículo citado hace referencia a dos términos que son la cesión y la transferencia, por lo cual agradecemos aclarar cuál es la diferencia entre estos dos términos dentro del mismo.

Adicionalmente, el Parágrafo 3 del artículo 3 establece:

“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”

Al respecto, consideramos pertinente aclarar a qué se refiere con “acreditar el cumplimiento” y cuál es el alcance. Entendemos que no es una obligación periódica de acreditar o demostrar que se está cumpliendo, ya que esto representaría una carga muy onerosa para el operador.

2.3. Comentarios respecto al Artículo 4 “Limitación del Tratamiento de datos personales”

El artículo 4 del Proyecto de Decisión establece:

“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”

Con el fin de atender a las particularidades de cada una de las jurisdicciones nacionales, consideramos pertinente incluir como excepción las normas locales que obligan a mantener la información personal por un tiempo mayor (como por ejemplo, las normas contables).

2.4. Comentarios respecto al Artículo 5 “Libre circulación de datos personales”

En relación con este artículo, es importante traer a colación lo mencionado en líneas anteriores con respecto a las dos formas de compartir los datos personales que indica la normatividad en Colombia. Por esta razón, resulta indispensable que este punto no vaya en contravía de estas dos formas de compartir datos personales.

2.5. Comentarios respecto al artículo 7 “Confidencialidad, intimidad, integridad e inviolabilidad del contenido de las comunicaciones”

“Artículo 7.- Confidencialidad, intimidad, integridad e inviolabilidad 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.”

En primer lugar, la seguridad en redes de telecomunicaciones en Colombia 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. Así las cosas, respetuosamente recomendamos pronunciarse de manera general, aludiendo a la aplicación de las normas locales.

En segundo lugar, 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 un acercamiento erróneo el hacer extensiva esta responsabilidad a un campo en el cual el proveedor no tiene injerencia alguna.

En tercer lugar, en Colombia existe el registro de números excluidos (RNE) en la provisión de contenidos y aplicaciones. Este consiste en el que el usuario puede inscribirse con el número de su línea de telefonía móvil, con el fin de evitar la recepción de mensajes cortos de texto (SMS) con fines publicitarios o comerciales.

Por último, 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 las redes de telecomunicaciones.

2.6. Comentarios respecto al Artículo 8 “Derecho a la información”

Consideramos que el numeral 5 del artículo 8 propuesto, contraviene la Resolución CRC 6242 de 2021, en donde se especifica que cuando alguna interacción con el usuario haya sido digitalizada, el usuario puede escoger interponer la PQR por teléfono, pero no obliga a que sea por escrito. En esta medida 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 electrónicos, salvo que el usuario expresamente manifieste su deseo de recibirla por escrito, **por teléfono u otro medio tradicional**, o que el operador no cuente con información para su envío a través de medios electrónicos”.*

2.7. Comentarios respecto al Artículo 26 “ Tratamiento especial”

Se sugiere incluir el aparte destacado, para acotar el alcance del artículo a las particularidades de 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”*

Esperando haber contribuido de manera positiva con nuestros aportes, quedamos atentos a cualquier inquietud o ampliación de la información que consideren pertinente.

Agradeciendo la atención prestada, me suscribo de Usted con sentimientos de consideración y aprecio.

Cordialmente,



ALBERTO SAMUEL YOHAI
Presidente

Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones – CCIT