

SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES / MARCO JURÍDICO DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES AFECTOS A LAS TELECOMUNICACIONES – Clasificación de los servicios de telecomunicaciones

Con anterioridad a 1989, en Colombia no existía una clasificación legal de los servicios de telecomunicaciones y su justificación atendía al hecho de que tales servicios se prestaban casi en su totalidad en monopolio por el Estado, a través de sus entidades descentralizadas por servicios. Lo anterior, no fue óbice para que se consignaran algunas definiciones de servicios de telecomunicaciones como la telefonía, la telegrafía, el télex, la radio y la televisión en concordancia con las recomendaciones de la UIT. Mediante la Ley 72 de 1989, por primera vez se establecen los lineamientos de una política general del sector de telecomunicaciones, una clasificación de sus servicios y de sus redes y el régimen de su gestión aplicable a los operadores de estos servicios responsables de su prestación. (...) Una precisión importante sobre el régimen jurídico de las telecomunicaciones, tanto el anterior como el vigente, corresponde a la distinción necesaria entre el régimen jurídico de los bienes afectos a las telecomunicaciones (infraestructura, redes y recursos escasos y espectro radioeléctrico) y el régimen jurídico de los servicios de telecomunicaciones. En cuanto a los servicios de telecomunicaciones, el Decreto ley 1900 de 1990 clasifica y define los siguientes servicios: básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales. Del contenido del Decreto 1900 de 1990, en concordancia con la Ley 72 de 1989 parece inferirse que la justificación y origen de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones está sustentada, en primer lugar, en criterios de carácter técnico señalados por la UIT, referidos a criterios evidentemente funcionales y, en segundo lugar, en el establecimiento de un régimen restringido para la prestación de algunos servicios de especial importancia para la época (como los servicios básicos, en especial el de telefonía), y de mayor liberalización y competencia para otros nuevos servicios (como los de valor agregado, en especial, internet). (...) [S]e puede concluir que el avance y la convergencia tecnológica inherente al sector de telecomunicaciones, incluidas las funcionalidades propias de los servicios de valor agregado y telemáticos, mostraban ya la dificultad e imposibilidad de sustentarse totalmente en elementos o conceptos técnicos que permitieran diferenciar los servicios de telecomunicaciones, o aún caracterizarlos exclusivamente a partir de componentes del núcleo de capa técnica en que funcionaban.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / LEY 72 DE 1989 – ARTÍCULO 1 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 2 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 4 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 12 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 14 / DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 28

SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES / SERVICIOS DE VALOR AGREGADO – Concepto legal de servicio de valor agregado

De acuerdo con la definición legal del servicio de valor agregado, es necesario que además del servicio de telecomunicaciones en el cual se soporta, este servicio satisfaga nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones de los usuarios y no necesidades de otra naturaleza, como pueden ser, entre otras, las de contenido económico o comercial. En consecuencia, no cualquier facilidad o adición al servicio soporte tipifica un servicio de valor agregado; es imprescindible que la facilidad agregada satisfaga una nueva necesidad específica de telecomunicaciones del usuario. Este elemento fue ampliamente discutido en su

época, especialmente, en la labor de diferenciar los servicios de valor agregado de los servicios de telefonía de larga distancia, y así se refleja en los distintos reglamentos expedidos. Finalmente, se debe resaltar que la definición legal de los servicios de valor agregado cita como ejemplo de estos servicios la transferencia electrónica de fondos, el acceso, envío tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada y el correo electrónico. (...) Por expresa consagración del Decreto 1900 de 1990, los servicios de transferencia electrónica de fondos, las transacciones financieras o los servicios de telebanca, eran servicios de valor agregado. Lo anterior, en forma independiente de que en ellos se verifiquen las características de los servicios de valor agregado citadas en el aparte anterior. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1900 de 1990 es insoslayable concluir que en este régimen, los servicios de telebanca y transacciones financieras a distancia se ubicaban en la categoría de servicios de valor agregado, como servicios de telecomunicaciones: Por una parte, porque así lo preveía expresamente el Decreto Ley 1900 de 1990 y su Decreto reglamentario 1794 de 1991, al enunciar algunos ejemplos de los servicios de valor agregado. Por otra, porque así lo confirmó la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, al resolver los conflictos surgidos entre el entonces Ministerio de las Comunicaciones y las entidades prestadoras de los servicios de telebanca y transacciones financieras a distancia, por la calificación jurídica de estos servicios y el cumplimiento de las obligaciones que de ellos se derivaba.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1900 DE 1990 – ARTÍCULO 31

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de servicio de valor agregado en telecomunicaciones, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias del 24 de agosto de 2000, radicación 6287. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa; del 1 de febrero de 2001, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero y del 13 de septiembre de 2001, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – Los servicios de telecomunicaciones se encuentran incorporadas en los servicios de las TIC

La Ley 1341 de 2009 introduce las bases para adecuar el ordenamiento jurídico colombiano a la convergencia tecnológica que caracteriza actualmente el mundo de las comunicaciones, la cual está impulsada por la conectividad global que ofrece el mundo de internet. En este contexto, la nueva normatividad pasó de un régimen jurídico de las telecomunicaciones, a un régimen que define el marco general para el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (...). [D]e acuerdo con la Ley 1341 de 2009 las TIC involucran bienes, dentro de los cuales se encuentran las aplicaciones a las cuales se refieren los documentos de la consulta y los intervinientes en este proceso. De manera adicional, la norma establece que estos bienes permiten diferentes servicios que incorporan las actividades de compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información. En este caso, la información puede corresponder a voz, texto, video e imágenes. De conformidad con lo expuesto, para la Sala no hay duda alguna que el concepto de TIC involucra los servicios de telecomunicaciones que pueden ser prestados con estos bienes o recursos. (...) Una interpretación sistemática de los arts. 6 y 9 de la Ley 1341 de 2009 permite concluir que los servicios de TIC son todos aquellos que utilizan estas tecnologías para realizar actividades sobre la información electrónica, como son: la

compilación, procesamiento, almacenamiento, creación, transmisión o muestra de datos, que corresponden a texto, voz, imágenes, videos. En conclusión, cualquiera de estas actividades sobre la información que realice un operador en beneficio de terceros es un servicio vinculado al sector de las TIC. Como la norma incluye la actividad de transmisión de la información, entre otras, las telecomunicaciones están incorporadas en el concepto de los servicios de las TIC.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 1 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 6 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 9

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / MODELOS REGULATORIOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LIBRE COMPETENCIA / RÉGIMEN DE SERVICIO PÚBLICO / SERVICIOS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – En el marco legal vigente no existe norma expresa que permita diferenciar cuáles son los servicios de TIC diferentes a los servicios de telecomunicaciones

[A]unque la Ley 1341 de 2009 reguló en términos generales a las TIC, realmente incorporó dos modelos regulatorios distintos: a. De un lado, un conjunto de principios dirigidos a promover y garantizar el desarrollo y acceso a los bienes o recursos de las TIC y a los servicios de TIC en general (art. 2), gobernados por un régimen de libre competencia y una intervención del Estado para lograr los fines de la ley (art. 4). En consecuencia, se trata de actividades económicas de libre competencia, en las cuales la intervención de Estado debe analizarse a la luz de los arts. 333 y 334 de la Carta. b. Del otro lado, un régimen de servicio público de telecomunicaciones con sus finalidades sociales, que sustentan y justifican una intervención del Estado en los términos de los artículos arts. 365 y 370 C.P. En segundo lugar, la tipificación de una actividad realizada por un prestador de servicios o actividades (bienes y servicios) vinculadas a las TIC, no a las telecomunicaciones, y la realizada por un prestador de servicios de telecomunicaciones, no solo comprende una diferenciación en cuanto al pago de la contraprestación periódica por la prestación del servicio de telecomunicaciones, sino la aplicación de un régimen sustancialmente distinto para una y otra categoría, en especial, por la calificación de los servicios de telecomunicaciones como servicios públicos y sus respectivas consecuencias jurídicas. Finalmente, en el marco legal vigente no existe norma expresa que permita esclarecer cuáles son los servicios de TIC, diferentes a los servicios de telecomunicaciones y, en especial, en qué consisten las aplicaciones, incorporadas en los elementos del concepto legal de TIC y de las industrias del sector.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 2 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 4 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 6 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 10 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 15 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 22 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 23 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 36 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 53 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 54

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / ACTORES DEL MERCADO ÚNICO DIGITAL / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – Asimetría regulatoria entre los servicios de telecomunicaciones y los nuevos servicios presentes en el ecosistema digital

La competencia en el ecosistema digital ha determinado que los agentes Over The Top (OTT) estén utilizando la conectividad global de internet para ofrecer nuevos servicios, con fuertes desarrollos tecnológicos que en algunos casos son complementarios a los servicios de telecomunicaciones ya existentes, y en otros son claramente sustitutos de estos servicios. El centro del problema corresponde al diferente régimen jurídico aplicable a unos y otros: el de telecomunicaciones, con un fuerte régimen regulatorio, y el de los servicios prestados por estos nuevos agentes, con muy poca normatividad, dada su reciente aparición en el ecosistema digital. En síntesis, coexisten dos marcos normativos diferentes para prestaciones similares, lo cual genera el problema de la asimetría regulatoria y la dificultad para aplicar las normas del derecho a la competencia. En conclusión, en este ecosistema digital, existe una amplia gama de servicios, de actores y de proveedores surgidos del avance tecnológico que ha revolucionado el sistema de vida de la población y sus relaciones sociales, económicas y políticas y quienes tienen el protagonismo, de otra parte, tienen una regulación mínima insuficiente para resolver los problemas relacionados con el derecho a la competencia, vista la concentración y barreras de entrada de las plataformas y con la protección de los derechos de los usuarios. Así mismo, es evidente la creciente convergencia tecnológica entre los servicios tradicionales, y algunos servicios que se ubican en los servicios vinculados a las TIC, los cuales carecen de una regulación sectorial ex ante y, simplemente se someten a las leyes generales de la competencia.

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS VINCULADOS A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – El ordenamiento jurídico vigente no consagra en forma expresa las diferencias de contenido material, enunciativo o cualitativo entre los servicios asociados a las TIC y los servicios de telecomunicaciones

La Ley 1341 de 2009 consagró el régimen de las TIC. No obstante, de su contenido puede afirmarse que existe un régimen jurídico general para los servicios vinculados a las TIC y un régimen distinto con una fuerte intervención del Estado para los servicios públicos de telecomunicaciones. Más allá de la denominación y conceptualización de las TIC, la Ley no desarrolla las diferencias de contenido material, enunciativo o cualitativo para determinar a cuales actividades o servicios vinculados a las TIC se les aplica el régimen general y a cuales servicios se les aplica el régimen de telecomunicaciones. La misma conclusión surge del contenido normativo reglamentario y de las resoluciones expedidas por las autoridades administrativas competentes habilitadas por ley (MINTIC y CRC). Algunas aproximaciones pueden plantearse a partir de las diversas fuentes del derecho, en especial, el contenido de las normas legales, la doctrina en derecho comparado, las recomendaciones de la UIT y el contenido del Tratado de Libre Comercio celebrado por Colombia con Estados Unidos. A partir de estos supuestos, es necesario dilucidar algunos criterios que permitan identificar elementos de distinción entre unos y otros servicios, bajo sistemas de interpretación de carácter histórico, sistemático y finalista. Lo anterior, sin perjuicio de las necesarias recomendaciones para que el desarrollo de ley en estos puntos y en la regulación de los nuevos actores, se realice mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República en el artículo 189-11 de la C.P., y mediante la potestad normativa otorgada por la ley al MINTIC y a la CRC para establecer el glosario de definiciones en el sector de TIC y también para las telecomunicaciones.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS VINCULADOS A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES - Diferencias entre los servicios vinculados a las TIC y los servicios de telecomunicaciones

a) La clasificación de los servicios de telecomunicaciones, como regla general, está vigente, pues la Ley 1341 de 2009 solo derogó las normas del Decreto 1900 de 1990 y de sus disposiciones reglamentarias, que fueran contrarias a la nueva normatividad. (...) b) Las telecomunicaciones, según la ley, corresponden a la emisión, transmisión y recepción de información en sus diferentes modalidades, prestado a un tercero por medios electromagnéticos. (...) c) Para determinar si se tiene la calidad jurídica de proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones (PRST) y por ende, titular de obligaciones y derechos inherentes, es menester determinar quién es la persona responsable de la prestación de servicios de telecomunicaciones. La provisión de estos servicios podrá realizarse mediante servicios propios o suministrados por terceros, según la regulación vigente (...). d) En una sola telecomunicación recibida por un usuario final, pueden existir varios servicios de telecomunicaciones y varios proveedores de servicios de telecomunicaciones, cada uno de los cuales debe cumplir con el pago de la contraprestación por el suministro del servicio del cual es responsable. (...) e) Los servicios y actividades relacionadas con el tratamiento de la información, esto es, compilar, procesar y almacenar información, o recoger, procesar, crear, o mostrar datos e información electrónica, por regla general, corresponden a servicios vinculados a las TIC y sometidos al régimen jurídico general establecido en la Ley 1341 de 2009. Desde este punto de vista, se diferencian de los servicios de telecomunicaciones. f) En forma excepcional y como ya se mencionó, algunos servicios que puedan incorporar tratamiento de información no tipifican un servicio de información, teniendo en cuenta su carácter incidental o suplementario a un servicio principal de telecomunicaciones, sin los cuales no tendrían razón de ser. (...) g) De conformidad con lo expuesto, es posible afirmar que algunas actividades que incorporan el simple procesamiento y tratamiento de la información y que en el marco del Decreto ley 1900 de 1990 podrían considerarse como servicios de valor agregado, si cumplían los demás requisitos, estarían sujetos al régimen general de los servicios vinculados a las TIC, siempre y cuando no incorporen los servicios de transmisión de información y la responsabilidad por su prestación. h) Si en una misma comunicación, el proveedor suministra y responde tanto por la transmisión de la información (telecomunicación) como por el tratamiento y procesamiento de la misma, como regla general (servicios vinculados a las TIC), se trataría de dos servicios sometidos a regímenes jurídicos distintos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1900 DE 1990 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 6 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 9

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS VINCULADOS A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES / APLICACIONES - El concepto de las aplicaciones consagradas en el régimen jurídico vigente no permiten establecer su contenido y sus diferencias con los servicios de telecomunicaciones

Las aplicaciones están reguladas en el Estatuto de TIC, y en la Resolución 202 de 2010 del MINTIC, de la siguiente manera: a. La Ley 1341 de 2009, consagra las aplicaciones como uno de los bienes que hacen parte de las TIC, pero no establece su definición. b. La Resolución 202 de 2010, con fundamento en la habilitación otorgada por el art. 6 de la Ley 1341 de 2009, define las aplicaciones como un servicio vinculado a las TIC, diferente de la telecomunicación y de los servicios de telecomunicaciones, pero no incluye los supuestos fácticos para su diferenciación con otros bienes y servicios, en especial con las telecomunicaciones o con las redes y servicios de telecomunicaciones. (...) [L]a Sala observa que la regulación actual sobre la definición de “aplicaciones”, no cuenta con los elementos de juicio que permitan diferenciarlas de las redes y de los servicios de telecomunicaciones. Por ende, tampoco es posible afirmar, según el ordenamiento jurídico vigente, que las aplicaciones corresponden al régimen jurídico general de las TIC, en forma independiente del régimen de las telecomunicaciones.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 6 / RESOLUCIÓN 202 DE 2010 DEL MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS VINCULADOS A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – Los servicios de manejo y procesamiento de la información que puedan prestar algunos operadores no configuran por sí mismos la naturaleza de un servicio de telecomunicaciones

A la luz del ordenamiento jurídico vigente, los servicios de manejo y procesamiento de la información que puedan prestar algunos operadores, según las características específicas de cada uno, no configuran por sí mismos la naturaleza de un servicio de telecomunicaciones, ni generan la contraprestación periódica consagrada en los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC. No obstante, si en forma adicional a los servicios de manejo y procesamiento de información, el mismo proveedor presta servicios de emisión, recepción y transmisión de la información, con la responsabilidad inherente a su provisión, se configura un servicio público de telecomunicaciones, con las obligaciones y derechos propios de la calidad de PRST, incluido el pago de la contraprestación periódica mencionada en la pregunta, de conformidad con el régimen jurídico vigente y las consideraciones expuestas. La calidad de PRST y de sus correspondientes obligaciones dependerá de si el proveedor asume la responsabilidad ante los usuarios y ante las autoridades administrativas por la transmisión de la información, esto es, por el servicio de telecomunicaciones.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 10 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 36

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS VINCULADOS A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – El número de beneficiarios de una conexión o transmisión no constituye ni genera por sí sola la causación de la contraprestación periódica a que se refieren los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC

El número de beneficiarios de una conexión o transmisión no constituye ni genera por sí sola la causación de la contraprestación periódica a que se refieren los

artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC. Sobre la parte de esta pregunta, que tiene como objetivo determinar si se causa una doble contraprestación, una a cargo del operador que transmite la información, y otra a cargo del proveedor de contenidos y de tratamiento de la información, la Sala se remite a la respuesta dada a la primera pregunta y a las consideraciones expuestas en este concepto. De todas maneras, independiente del tipo de servicio que se preste, de contenidos, de manejo y procesamiento de información, o de telecomunicaciones, en los términos expuestos en este concepto, el proveedor debe responder por los derechos de los usuarios en los términos consagrados en la Ley 1341 de 2009 o en sus normas supletorias.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 10 / LEY 1341 DE 2009 – ARTÍCULO 36

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00056-00(2333)

Actor: MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – TIC

Referencia: Hecho generador de la contraprestación periódica por la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, prevista por los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009.

El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC – formula a la Sala una consulta relacionada con el hecho generador de la contraprestación que deben pagar los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. En específico, si los servicios de telebanca y transacción financiera a distancia, así como los de vigilancia privada o monitoreo de alarma, son hechos generadores de la citada contraprestación.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de consulta se hace un recuento de los siguientes hechos y consideraciones:

1. En cuanto a la naturaleza de los servicios de telebanca y transacciones financieras a distancia, el Ministro señaló que el Consejo de Estado emitió varias sentencias en las cuales concluyó que estos servicios se encontraban comprendidos dentro de la noción de servicios de valor agregado contemplada en

el régimen de telecomunicaciones enmarcado en la Ley 72 de 1989 y en el Decreto Ley 1900 de 1990.

2. Posteriormente, con la expedición de la Ley 1341 de 2009 se produjo un replanteamiento del régimen de telecomunicaciones que, entre otras modificaciones, eliminó el título habilitante (concesión o autorización) requerido para la prestación de los diferentes servicios de telecomunicaciones identificados por la ley, así como la autorización para la instalación, uso y explotación de redes de telecomunicaciones.

3. En este sentido, el nuevo marco normativo prevé una habilitación general que faculta a cualquiera sujeto para proveer todo tipo de servicios de telecomunicaciones y para instalar, ampliar, modificar, operar y explotar redes de este sector, previa obtención del Registro de TIC.

4. En contrapartida a esta habilitación general, se estableció una contraprestación periódica, correspondiente a un porcentaje de sus ingresos brutos, para todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (art.10), la cual debe ser pagada al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (art 36).

5. Se resaltó que en virtud de este nuevo régimen desapareció el esquema de clasificación por servicios y actividades de telecomunicaciones, consagrado por el Decreto Ley 1900 de 1990 y representada por los servicios básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y servicios especiales.

En su lugar, se acogió una definición moderna, acorde con la dinámica internacional del sector, como es el de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la cual es mucho más amplia que la de servicios de telecomunicaciones y su respectiva clasificación, regulados por el antiguo régimen.

6. Que en virtud de este cambio normativo es necesario revisar si los servicios de telebanca y transacciones financieras a distancia, así como las de vigilancia privada o monitoreo de alarmas, configuran el hecho generador de la contraprestación periódica a que se refiere los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009, por las siguientes consideraciones:

- a. De acuerdo con el nuevo régimen, la contraprestación solo debe ser pagada por aquellas personas que cuenten con la calidad de proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.
- b. En desarrollo de lo previsto en la Ley 1341 de 2009, el Ministerio expidió la Resolución No 202 de 2010, por medio de la cual se incluyó la siguiente definición de Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones:

“Proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones: Persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros. En consecuencia todos aquellos proveedores habilitados bajo regímenes legales previos se consideran cobijados por la presente definición”.

- c. Con posterioridad a la citada Resolución, el Decreto 542 de 2014, cuyas disposiciones se encuentran actualmente compiladas en el Decreto Único Reglamentario del sector TIC (Decreto 1078 de 2015), fijaron los elementos

que configuran la causación de la contraprestación periódica prevista en la Ley 1341 de 2009.

- d. En específico, sobre lo que debe entenderse como provisión de redes y servicios de telecomunicaciones se estableció:

“2.2.6.2.1.2. 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, sea estas propias o de terceros. Se entiende por provisión de redes y de servicios de telecomunicaciones en conexión con el exterior, cuando la misma se establece desde o hacia el exterior”.

- e. De conformidad con las citadas disposiciones, para el Ministerio son tres los elementos que deben verificarse para la causación de la contraprestación del artículo 36 de la Ley 1341 de 2009: *“a) provisión de red o emisión, transmisión y recepción de información; b) en cualquiera de los dos casos, asunción autónoma de la responsabilidad correspondiente a dicha actividad; c) en cualquier de los dos casos, oferta a terceros para que sean éstos los que se beneficien de la respectiva actividad”.*

7. Por otra parte, observó el Ministerio que la Ley 1341 de 2009 no dispuso nada en materia de servicios telemáticos y de valor agregado, mientras su art. 73 estableció lo siguiente:

“Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, quedan derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, lo pertinente de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6° de la ley 781 de 2002, todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley”.

8. Bajo estas premisas, el Ministerio considera que no existe claridad sobre la desaparición de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones prevista en el antiguo régimen, en especial, los servicios telemáticos y de valor agregado, y en forma adicional presenta las siguientes consideraciones:

- a. El concepto de TIC acogido por la Ley 1341 de 2009 es mucho más amplio y complejo que los servicios de telecomunicaciones clasificados por el Decreto Ley 1900 de 1990.
- b. No obstante, la contraprestación periódica solo está prevista para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones según la legislación vigente y no por los demás agentes del sector de las TIC, como es el caso de provisión de contenidos y aplicaciones.

- c. Los proveedores de contenidos y aplicaciones no se encontraban regulados en el régimen anterior. Sin embargo, en el nuevo régimen estos servicios fueron definidos por la Resolución No 202 de 2010 del MINTIC, en los siguientes términos:

“Aplicaciones: Conjunto estructurado de actividades realizadas para responder a las necesidades de los usuarios en una situación determinada, con fines de tipo empresarial, educativo, comunicaciones personales o entretenimiento, entre otras. Una aplicación supone la utilización de soportes lógicos y físicos y puede efectuarse de forma parcial o totalmente automática y el acceso puede ser local o remoto. En este último caso, se necesitan servicios de telecomunicación.

Contenido: Información generada bajo cualquier modo o forma de expresión, que puede ser distribuida por cualquier medio y es parte de un mensaje que el sistema de transferencia o medio no examina ni modifica, salvo para conversión durante el transporte del mismo”.

9. De conformidad con todo lo expuesto, el MINTIC concluye:

“(…) a la luz del marco regulatorio del sector TIC una persona que solamente cuente con la calidad de proveedor de aplicaciones, en estricto sentido no es sujeto pasivo del pago de contraprestaciones, pues, (…) los sujetos pasivos de las mismas son exclusivamente los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ejecutan directamente la actividad (y no eventualmente los que se benefician o valen de ella para prestar otros servicios, esto es, los proveedores de aplicaciones y contenidos)”.

(…) así como en cabeza de un mismo sujeto pueden concurrir las varias calidades de proveedor atrás indicadas, un mismo servicio, como hecho generador de una relación jurídica bilateral, no podía ser calificado a su vez como servicio de telecomunicaciones y servicio de contenido y aplicaciones, ya que la regulación los diferencia claramente.

(…) En ese orden de ideas, en una hipótesis en que una misma persona tenga las calidades de proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones y de proveedor de contenidos y/o aplicaciones, y con base en ellos ofrezca a los usuarios finales un servicio complejo que tiene componentes de ambas actividades, entendemos que se deberá establecer qué ingresos se derivan de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, de manera que con base en éstos, y no en aquellos derivados de contenidos y aplicaciones, se determina la obligación de pago y consecuentemente el monto de la contraprestación del artículo 36 de la Ley 1341 de 2009”.

10. Con base en las anteriores consideraciones, el Ministro de TIC formuló las siguientes preguntas:

- a. *“¿A la luz de la Ley 1341 de 2009, actual norma rectora del sector TIC, y sus disposiciones reglamentarias y regulatorias, ¿los servicios informáticos de manejo y procesamiento de información que prestan algunos operadores (de la naturaleza de telebanca, transacciones financieras a distancia, vigilancia y monitoreo de predios, tales como Redeban, Servibanca, empresas de Seguridad, por ejemplo), configuran el hecho generador de la contraprestación periódica en los términos de los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009, estén o no asumiendo ante el usuario la responsabilidad por la conexión y transmisión de datos?”.*
- b. *“¿Una misma transmisión de datos que es hecha por un operador para un proveedor de contenidos o aplicaciones y de la cual se beneficia un usuario*

final, ¿es objeto de una doble contraprestación periódica de la que hablan los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009: una en cabeza de quien ejecuta originalmente la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y otra en cabeza del proveedor de contenidos que recibe los datos los transforma a través de aplicaciones para beneficio del usuario final de todo el proceso? ¿Se causaría la contraprestación periódica a la que se refieren los artículos 10 y 36 de la misma Ley 1341 de 2009 tantas veces como haya beneficiarios de una conexión o transmisión?”.

11. Con la finalidad de aclarar algunos aspectos de la consulta, en especial los supuestos fácticos y jurídicos que le dieron origen, el Ministro de TIC solicitó la realización de una audiencia con los magistrados de Sala de Consulta y Servicio Civil.

La audiencia se llevó a cabo el cuatro (4) de abril de 2017, con la presencia de los Consejeros de la Sala, el Viceministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Asesora del Despacho del Viceministro, la Directora de la Oficina Asesora Jurídica, y el Secretario General, por parte del MINTIC.

En el curso de la audiencia los Magistrados de la Sala solicitaron a los funcionarios del MINTIC, allegar a la Sala, para el mejor proveer del dictamen, los antecedentes que reposan en el Ministerio en relación con el asunto objeto de la consulta, en especial, los pronunciamientos emitidos por las diferentes áreas de la Entidad sobre el tema objeto de la consulta, los conceptos jurídicos y técnicos solicitados o allegados al Ministerio sobre el mismo, así como los argumentos presentados por la entidad en los procesos judiciales y en los trámites de conciliación que han tenido origen en el tema objeto de la consulta.

12. En respuesta a esta solicitud, mediante escrito del 28 de abril de 2017, el MINTIC allegó los soportes correspondientes.

13. Con posterioridad, el MINTIC remitió al Despacho varios conceptos jurídicos y técnicos emitidos por el Ministerio.

14. Por solicitud del Ministro de TIC, la Sala citó a una nueva audiencia el 2 de agosto de 2017, con el fin de escuchar las consideraciones de los diferentes gremios y agentes del mercado vinculados directa o indirectamente con el tema objeto de consulta.

15. La audiencia se llevó a cabo con la presencia de los magistrados de la Sala, el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Directora de la Oficina Asesora Jurídica, el Secretario General del MINTIC, el Vicepresidente de Transformación Digital ANDI, los representantes de Asobancaria; el abogado asesor de Asobancaria, el abogado externo de CREDIBANCO, el Representante Legal REDEBAN, todos convocados por el MINTIC para la audiencia.

En la audiencia, el Magistrado Ponente y Presidente de la Sala, Edgar González López, puso de presente el documento presentado por el Director Ejecutivo de la ANDI, el 26 de julio de 2017, el cual hará parte del expediente, así como los demás documentos que fueran allegados por el Ministerio y por las demás personas naturales y jurídicas que participaron en la audiencia, para efectos de proveer el dictamen requerido.

16. Con posterioridad a la audiencia se recibieron los siguientes documentos:

1. Escrito del Presidente de la Asociación Colombiana de Ingenieros (ACIEM), del 2 de agosto de 2017, por medio del cual se pone a consideración de la Sala un estudio denominado “La naturaleza Técnica de los Servicios de Aplicación frente a los Servicios de Telecomunicaciones”.
2. Escrito del Representante Legal de CREDIBANCO, del 2 de agosto de 2017, en el cual se presentan algunas consideraciones con el fin de aportar a la consulta formulada por el MINTIC y se anexa un documento denominado el “Peritazgo sobre los servicios de telecomunicaciones y los servicios de aplicación a la luz de la Ley 1341” elaborado el 27 de enero de 2015 por el ingeniero Sergio Sotomayor Rodríguez.
3. Escrito del Representante Legal de Redeban, en el cual amplía las consideraciones expuestas durante la audiencia del 2 de agosto de 2017.
4. Escrito de la Presidenta Ejecutiva de la Cámara de Colombia de Comercio Electrónico (CCCE), en el cual presentan algunas consideraciones relacionadas con la consulta realizada por el MINTIC.

II. CONSIDERACIONES

A. Problemas jurídicos

Del contexto fáctico y normativo de la consulta y de las preguntas formuladas por el MINTIC se extraen los siguientes problemas jurídicos:

i) Si los servicios de manejo y procesamiento de información que prestan algunos operadores, como los enunciados en la consulta, constituyen servicios de telecomunicaciones y, en consecuencia, configuran el hecho generador de la contraprestación periódica a que se refieren los arts. 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009, a cargo de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (en adelante PRST)

ii) Si un proveedor de servicios de contenidos y aplicaciones, que no realiza en forma directa la transmisión de datos, sino que la contrata con un tercero, puede considerarse como un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones.

B. Análisis jurídico.

Para resolver los problemas jurídicos enunciados, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: **I) Régimen jurídico de los servicios de telecomunicaciones en el marco de la Ley 72 de 1989 y del Decreto 1900 de 1990.** A. Ley 72 de 1989. B. Decreto Ley 1900 de 1990. C. El referente técnico de la clasificación legal de los servicios de telecomunicaciones. Modelo OSI. **II) El régimen jurídico de las TIC.** A. Desarrollos legales. Ley 527 de 1999 y Ley 1341 del 2009. B. Desarrollos reglamentarios. Decreto 4948 de 2009. La definición de Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST), su habilitación general y la obligación de Registro TIC; Decretos 542 de 2014 y 1078 de 2015, Régimen de la contraprestación periódica de los servicios de PRST; Resolución 202 de 2010 del MINTIC, glosario de definiciones en las TIC, y Resolución 3501 de 2011 de la CRC: obligaciones de acceso a la red de telecomunicaciones de los PRST móviles por parte de los proveedores de contenidos y aplicaciones (PCA) C. Consideraciones sobre el ordenamiento

jurídico vigente **III) Régimen jurídico de los servicios de información y de telecomunicaciones en derecho comparado.** A. Servicios de información y de las telecomunicaciones en Estados Unidos. B. Servicios de comunicaciones electrónicas y de la sociedad de la información en la Unión Europea. C. Las definiciones técnicas del Comité Consultivo Internacional de la UIT. **IV) El mercado único digital y sus diferentes actores. La regulación del ecosistema digital.** **V) Síntesis y conclusiones del régimen de los servicios de telecomunicaciones y de TIC en el ordenamiento jurídico nacional.** **VI) El caso consultado: ubicación de los servicios de manejo y procesamiento de la información. Los operadores de servicios financieros y de vigilancia y seguridad.** **VII) Recomendaciones.**

La Sala procederá a emitir el concepto solicitado con fundamento en el ordenamiento jurídico y en los métodos de interpretación normativa que permitan determinar su contenido y alcance. Esta precisión es necesaria teniendo en cuenta el componente técnico vinculado a la consulta, estrechamente relacionado con los nuevos escenarios surgidos en el ecosistema digital y en la economía colaborativa. Sin embargo, las respuestas que dará la Sala solo pueden tener fundamento en el régimen jurídico vigente en Colombia, sin perjuicio de las recomendaciones que se formularán al Gobierno nacional para el desarrollo reglamentario de la Ley 1341 de 2009, con miras a que el ordenamiento se encuentre acorde a los nuevos desarrollos de la sociedad de la información y del conocimiento.

I) Régimen jurídico de los servicios de telecomunicaciones en el marco de la Ley 72 de 1989 y del Decreto ley 1900 de 1990

Con anterioridad a 1989, en Colombia no existía una clasificación legal de los servicios de telecomunicaciones¹ y su justificación atendía al hecho de que tales servicios se prestaban casi en su totalidad en monopolio por el Estado, a través de sus entidades descentralizadas por servicios². Lo anterior, no fue óbice para que se consignaran algunas definiciones de servicios de telecomunicaciones como la telefonía, la telegrafía, el télex, la radio y la televisión³ en concordancia con las recomendaciones de la UIT.

Mediante la Ley 72 de 1989, por primera vez se establecen los lineamientos de una política general del sector de telecomunicaciones, una clasificación de sus servicios y de sus redes y el régimen de su gestión aplicable a los operadores de estos servicios responsables de su prestación.

A. Ley 72 de 1989

El art. 1 de esta ley, establece la obligación del Gobierno nacional, por medio del Ministerio de Comunicaciones, de adoptar una política general del sector que

¹ Sin perjuicio de la vigencia de las recomendaciones y conceptos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

² Decreto Legislativo 3418 de 1954, posteriormente incorporado en la Ley 141 de 1961. De esta manera, tanto la regulación, la operación, la prestación y el control del servicio la realizaba una entidad estatal, sin perjuicio de normas especiales para la radiodifusión sonora y para la televisión.

³ Decreto 2428 de 1956.

comprenda las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios del sector, y que debe incorporar, entre otros, los servicios allí descritos.

En esta descripción se enuncian⁴:

- Los servicios de telecomunicaciones;
- Los servicios informáticos y de telemática;
- Los servicios especializados de telecomunicaciones o servicios de valor agregado;
- Los servicios postales.

Puede observarse que la misma ley enunció los servicios informáticos y de telemática como servicios distintos de los de telecomunicaciones, rasgo que no se mantuvo en los desarrollos del Decreto Ley 1900 de 1990.

Es importante señalar que la Ley 72 de 1989 otorgó facultades extraordinarias al Presidente para desarrollar el régimen jurídico de estos servicios, las cuales fueron ejercidas mediante la expedición del Decreto Ley 1900 de 1990.

B. Decreto Ley 1900 de 1990

De este régimen jurídico merecen destacarse los siguientes aspectos:

- El Concepto de telecomunicaciones

El art. 2 del Decreto consagra:

*“**ARTICULO 2.** Para efectos del presente Decreto se entiende por telecomunicación toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos”.*

(El subrayado es de la Sala)

De acuerdo con esta norma, los verbos rectores a cargo del operador de servicios de telecomunicaciones corresponden a EMITIR, TRANSMITIR O RECIBIR información de cualquier naturaleza (señales, datos, sonidos, imágenes, escritura) por diferentes sistemas ópticos o electromagnéticos (radioeléctricos).

Esta definición es concordante con el origen de la palabra telecomunicación, que proviene del término *tele*, que significa a distancia, y de la palabra *comunicación* del vocablo latino *communicatio*⁵.

Una interpretación del texto de la definición del Decreto Ley 1900 de 1990 determina que cualquier emisión, transmisión o recepción de información, por cualquier medio eléctrico, tipificaría una telecomunicación.

La transmisión o su verbo transmitir es el elemento sustancial de la definición legal, mientras que la acción de emitir o recibir corresponden al efecto mismo de la

⁴ Puede observarse que la misma ley establece los servicios informáticos y de telemática, como distintos de los servicios de telecomunicaciones.

⁵ Fajardo, Alfredo; Tovar, Felipe; Atehortúa, Carlos; González, Edgar, *Servicios de Valor Agregado y análisis de los Contact Center*. Cit. pp. 21-22.

transmisión. El vocablo transmitir implica transferir⁶ o trasladar, como sinónimos de transportar, es decir, de llevar una cosa de un lugar a otro.

De conformidad con lo anterior, la transmisión propia de la telecomunicación y de los servicios de telecomunicaciones corresponde a la acción de transportar información de cualquier naturaleza de un lugar a otro mediante sistemas electromagnéticos.

- **El concepto de operador:**

El artículo 2 de la norma define que se entiende por operador:

“Se entiende por operador una persona natural o jurídica, pública o privada, que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley”.

(El subrayado es de la Sala)

El concepto tiene como elemento fundamental la responsabilidad que asume la persona por la gestión del servicio de telecomunicaciones⁷.

Es importante resaltar que para cursar una telecomunicación pueden concurrir varios prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones, pero uno solo es el operador del servicio de telecomunicaciones que recibe el usuario final, esto es, uno solo es el responsable de la comunicación cursada.

Así, por ejemplo, en una comunicación originada en un operador de telefonía móvil y dirigida a un operador de telefonía fija, concurren los dos operadores (fijo y móvil), con sus respectivas redes, pero uno solo es el operador, es decir, el responsable ante el usuario y ante las autoridades por la comunicación cursada.

En este caso, según la regulación vigente, se califica esta llamada móvil-fijo como un servicio móvil, y por ende es el operador móvil el responsable de la telecomunicación frente al usuario. El operador fijo se limita a prestar su red al operador móvil, mediante el cobro de un cargo de acceso para que la llamada pueda terminar en el usuario de la red fija, pero no es el operador del servicio.

Además, el concepto de responsabilidad por la gestión del servicio incorporaba varias obligaciones: respecto del Ministerio, como autoridad concedente y respecto del usuario, como tercero beneficiario de la prestación. En el régimen anterior, el operador debía tener un título habilitante de concesión para prestar el servicio móvil y tenía la obligación de pagar los derechos correspondientes, tanto sobre el servicio, como sobre los bienes necesarios para la prestación del mismo (entre otros, el permiso por el uso del espectro radioeléctrico).

- **Las telecomunicaciones como servicio público**

El estatuto anterior (Decreto ley 1900 de 1990) calificó a las telecomunicaciones como servicio público y señaló su modo de gestión.

⁶ Cfr. Diccionario de la Real Academia Española (RAE), página web <http://dle.rae.es/?id=aLjNpvi>. Consultado el 22 de noviembre de 2017.

⁷ Para la época, se partía del supuesto que el operador debía tener previamente el título habilitante.

“ARTICULO 4. *Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto”.*

Con esta disposición, el ordenamiento consagró un régimen de competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, donde el Estado, al tener la titularidad del servicio podía prestarlo directamente o a través de sus entidades descentralizadas, o en forma indirecta, otorgarse mediante concesión.

De manera adicional, en razón de la calificación de las telecomunicaciones como servicio público, el Estado mantuvo las funciones de fijar la política general del sector; de ejercer la regulación, vigilancia y control sobre su prestación, y de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a estos servicios de interés general.

Con posterioridad, la Constitución Política de 1991 consagró el régimen jurídico de los servicios públicos, y quiénes podrían prestarlos:

“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”. En tal sentido, los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y pueden ser prestados por el

Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado debe mantener la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado –mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara– por iniciativa del Gobierno, decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (...).”

(El subrayado es de la Sala)

La norma constitucional, de un lado, otorga a la ley la facultad de establecer el régimen jurídico de los servicios públicos, y del otro, consagra los elementos esenciales que ha señalado la doctrina como propios del concepto del servicio universal. Por ende, se trata de una obligación del Estado para asegurar su prestación a todos los habitantes del territorio nacional⁸.

- Recomendaciones de la UIT y su aplicación en el régimen jurídico nacional.

El Decreto ley 1990 de 1990, además, incorpora las recomendaciones de la UIT⁹ en el régimen jurídico nacional. Esta norma establece la obligación de tener en

⁸ Desde el Decreto 1900 de 1990 y posteriormente en el mismo marco de la Constitución de 1991, se considera al Estado en su función de regulador y no necesariamente de gestor u operador del servicio público.

⁹ Entre estas se resalta el concepto de telecomunicaciones publicado por la UIT, en la Recomendación UIT-T Q.9:

UIT, “0002 Telecomunicaciones.

(...) Todo procedimiento que permite a un corresponsal hacer llegar a uno o varios corresponsales determinados (caso de la telegrafía y telefonía), o eventuales (caso de la radiodifusión), informaciones de cualquier naturaleza presentadas en forma utilizable (documento escrito o impreso, imagen fija o móvil, palabra, música, señales visibles o audibles, señales de mando de mecanismos, etc.) empleando cualquier sistema electromagnético (transmisión eléctrica por hilo,

cuenta las recomendaciones de este organismo internacional, de conformidad con los convenios, acuerdos y tratados aplicables a Colombia.

“ARTICULO 12. *En la reglamentación sobre redes y servicios de telecomunicaciones se tendrán en cuenta las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante UIT) o del organismo internacional pertinente, de conformidad con los convenios, acuerdos o tratados celebrados por el Gobierno y aprobados por el Congreso”.*

De la misma forma, el artículo 64 ibídem consagra la obligación de tener en cuenta en nuestro ordenamiento, las definiciones técnicas en materia de telecomunicaciones emitidas por la UIT:

“ARTICULO 64. *Para los efectos a los que haya lugar, las definiciones técnicas en materia de telecomunicaciones serán las adoptadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y los demás organismos internacionales competentes, de los cuales forme parte Colombia en virtud de tratados o de convenios internacionales, o los adoptados por el Ministerio de Comunicaciones mediante resolución, en lo no regulado por aquellos”.*

- **Red de telecomunicaciones**

Para efectos de la consulta realizada, es importante aclarar el antecedente sobre el concepto de red pública de telecomunicaciones, es decir, aquella utilizada para prestar servicios de telecomunicaciones a terceros, a diferencia de la red privada de telecomunicaciones, la cual correspondía al mismo titular de la línea a ambos extremos de la red, y por ende no tenía conexión con terceros.

Por otra parte, cuando la ley aludía al concepto de red de telecomunicaciones del Estado, no hacía referencia al titular propietario de la red, sino a su destinación, encaminada a la prestación de servicios a terceros:

“ARTICULO 14. *La red de telecomunicaciones del Estado es el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público. Hacen parte de la red los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos, y la parte del espectro electromagnético asignada para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones”.*

(El subrayado es de la Sala).

De acuerdo con esta definición, los bienes que conforman la red pueden ser físicos y no físicos, como es el caso del espectro radioeléctrico. De manera adicional, también hace parte de la red el uso de soportes lógicos y físicos¹⁰.

- **Clasificación de los servicios de telecomunicaciones**

transmisión radioeléctrica, óptica, etc., o una combinación de estos diversos sistemas)”. Cfr. Extracto del Libro Azul: Recomendaciones generales sobre la conmutación y la señalización telefónicas, explotación internacional automática y semiautomática, vocabulario de términos relativos a la conmutación y la señalización. Disponible en la siguiente página: [/www.itu.int/rec/dologin_pub.asp?lang=e&id=T-REC-Q.9-198811](http://www.itu.int/rec/dologin_pub.asp?lang=e&id=T-REC-Q.9-198811). (Subrayado de la Sala).

¹⁰ Como se analizará en su oportunidad, se destaca la similitud del concepto de red de telecomunicaciones con el concepto de aplicaciones (utilización de soportes lógicos y físicos), según la Resolución 202 del 2010 del MINTIC.

Una precisión importante sobre el régimen jurídico de las telecomunicaciones, tanto el anterior como el vigente, corresponde a la distinción necesaria entre el régimen jurídico de los bienes afectos a las telecomunicaciones (infraestructura, redes y recursos escasos y espectro radioeléctrico) y el régimen jurídico de los servicios de telecomunicaciones¹¹.

En cuanto a los servicios de telecomunicaciones, el Decreto ley 1900 de 1990 clasifica y define los siguientes servicios: básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales.

Del contenido del Decreto 1900 de 1990, en concordancia con la Ley 72 de 1989 parece inferirse que la justificación y origen de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones está sustentada, en primer lugar, en criterios de carácter técnico señalados por la UIT, referidos a criterios evidentemente funcionales y, en segundo lugar, en el establecimiento de un régimen restringido para la prestación de algunos servicios de especial importancia para la época (como los servicios básicos, en especial el de telefonía), y de mayor liberalización y competencia para otros nuevos servicios (como los de valor agregado, en especial, internet)¹².

Durante la vigencia de este Estatuto se presentaron grandes controversias administrativas y judiciales entre los operadores y las autoridades, por la dificultad para diferenciar los distintos servicios de telecomunicaciones en sus contenidos técnicos, causados por su convergencia tecnológica en la red y en los mismos servicios.

En efecto, los avances continuos en las tecnologías del sector han determinado una convergencia tecnológica de los servicios y de las redes de telecomunicaciones¹³. Desde 1990, cuando se expidió el Decreto 1900, ya se empezaban a vislumbrar las dificultades para distinguir las prestaciones incorporadas en los servicios de telecomunicaciones clasificados por la ley, bien sea por la irrupción de nuevos servicios de creciente importancia, como el internet, o bien por la dificultad para diferenciar unos servicios de telecomunicaciones de otros.

Un claro ejemplo fue la dificultad para diferenciar los servicios de telefonía pública de larga distancia (TPBCLD) con los servicios que incorporaban la voz por protocolo internet (voz IP). Al parecer, estos correspondían a servicios distintos, pero la funcionalidad percibida por el usuario era claramente similar. Así mismo, los servicios TPBC de larga distancia nacional e internacional, con los incipientes

¹¹ En varias de las consideraciones planteadas por particulares a este Despacho, no siempre se diferencia estos dos regímenes jurídicos.

¹² Para esta época los servicios básicos, que comprendían, entre otros, la telefonía local y de larga distancia nacional e internacional y el servicio portador, eran los principales servicios en cuanto a cobertura e ingresos para los operadores y para el mismo Estado con el cobro de las concesiones. Se trataba de servicios de telecomunicaciones, prestados tradicionalmente en monopolio, por entidades del Estado. En cambio, para los nuevos servicios de valor agregado, entre los cuales se incluía el servicio de internet, se estableció un régimen de competencia mediante una concesión por licencia. Los servicios de televisión, telefonía móvil celular y radiodifusión sonora tenían su propio régimen jurídico distinto.

¹³ En vigencia del Decreto 1990 de 1990 podían diferenciarse, en su mayoría, las redes requeridas para la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Así, existían redes para el servicio de telefonía fija, redes de telefonía móvil celular y aún redes de valor agregado, esta última, como característica única en el régimen nacional. Con el avance tecnológico se empezaron a establecer redes digitales únicas de servicios integrados, dada la convergencia tecnológica.

servicios de valor agregado sometidos a grandes diferencias de pago para su concesión.

La misma situación se presentaba con los servicios de telefonía móvil celular (TMC), los servicios de acceso troncalizado (trunking) y los servicios de comunicación personal (PCS)¹⁴, donde la prestación recibida por el usuario no tenía mayor diferencia y, sin embargo, correspondían a regímenes legales distintos.

Las dificultades para distinguir, desde el punto de vista de sus contenidos técnicos, los servicios de telecomunicaciones consagrados en el Decreto ley 1900 de 1990, motivaron grandes discusiones jurídicas y contenciosas entre los distintos operadores del sector y con las autoridades, teniendo en cuenta que para prestar cada servicio se requería de un título habilitante específico (concesión por contrato o licencia), y el pago de una remuneración distinta a favor del Estado.

Existían grandes diferencias en el monto pagado por cada explotación de servicio, según se tratara de servicios importantes y consolidados, como la telefonía de larga distancia, o valores sustancialmente menores para los nuevos servicios, como los servicios de valor agregado y telemáticos. Estos servicios, además, según los reglamentos, incorporaban el procesamiento y tratamiento de la información, pero también funcionalidades referidas al tratamiento de la transmisión y, por ende, mayores dificultades para determinar qué tipo de servicio se prestaba.

Las anteriores consideraciones resultan relevantes para este estudio, toda vez que la incertidumbre para diferenciar desde el punto de vista técnico los distintos servicios de las telecomunicaciones, según lo consagrado en el régimen de la Ley 72 de 1989 y del Decreto Ley 1900 de 1990, fue una de las justificaciones y de las razones para que se expidiera el nuevo régimen de las TIC y se omitiera una clasificación legal expresa de los servicios de telecomunicaciones. Asimismo, para eliminar el título habilitante de concesión.

En su lugar, se adoptó como modelo el régimen de las comunicaciones electrónicas establecido en la Unión Europea, a partir de las Directivas del 2002¹⁵, con una habilitación general para la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones.

De lo expuesto, se puede concluir que el avance y la convergencia tecnológica inherente al sector de telecomunicaciones, incluidas las funcionalidades propias de los servicios de valor agregado y telemáticos, mostraban ya la dificultad e imposibilidad de sustentarse totalmente en elementos o conceptos técnicos que permitieran diferenciar los servicios de telecomunicaciones, o aún caracterizarlos exclusivamente a partir de componentes del núcleo de capa técnica en que funcionaban.

¹⁴ Los servicios de PCS fueron creados mediante la Ley 555 de 2000.

¹⁵ Las Directivas 19 a 22 del 2002, del Parlamento europeo y del Consejo, en especial, la Directiva Marco 2002/20/CEE. Estas reformas al sector de las comunicaciones electrónicas tuvieron como objetivo armonizar la regulación de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas, entre otras disposiciones, y promover un régimen de competencia para su prestación en el mercado europeo.

Con el fin de aportar elementos de juicio para este concepto, se hace especial referencia a la definición de los servicios portadores, teleservicios, telemáticos y de valor agregado:

- **Servicios portadores**

El Decreto 1900 de 1990 define así los servicios portadores:

“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. Estos comprenden los servicios que se hacen a través de redes conmutadas de circuitos o de paquetes y los que se hacen a través de redes no conmutadas. Forman parte de estos, entre otros, los servicios de arrendamiento de pares aislados y de circuitos dedicados”¹⁶.

De acuerdo con esta disposición legal, en el sector de las telecomunicaciones el servicio de suministro de capacidad de red que permite la transmisión de señales tipifica un servicio distinto del contenido de la información transmitida e incluso de la clase de señal transmitida, como se presenta en el servicio de telefonía (servicio de transmisión de la señal de voz).

Se tipifican dos servicios de telecomunicaciones diferentes (portador y telefonía) y pueden presentarse y concurrir en una sola telecomunicación o transmisión de información, sin que por ello pierda cada una su naturaleza o se pueda predicar la prestación de un solo servicio o el de pago de una sola contraprestación.

Lo anterior puede suceder, por ejemplo, cuando un prestador de servicios de telecomunicaciones no es titular de una red de telecomunicaciones, lo cual es legalmente posible, o cuando su red no tiene la cobertura o la condición requerida para la prestación del servicio. En estos casos, el prestador del servicio de telefonía puede valerse de un “servicio portador” para prestar sus servicios a sus usuarios.

En razón a esta circunstancia, es frecuente que los operadores incumbentes¹⁷ y que poseen una amplia cobertura de red, generalmente denominados “carriers” o transportadores, presten este servicio (portador) de telecomunicaciones, a otros operadores que prestan servicios de telecomunicaciones distintos.¹⁸

Así, para cursar una sola comunicación, un Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) del servicio de TPBC o de internet puede requerir la participación de otro PRST que le preste al primero el servicio de transporte de su comunicación (servicio portador). En este caso, cada PRST deberá pagar la contraprestación por el servicio de telecomunicaciones prestado.

Esta distinción resulta importante teniendo en cuenta las preguntas formuladas en la consulta, sobre lo cual regresará la Sala más adelante.

- **Teleservicios**

¹⁶ Art. 28.

¹⁷ Esto es, los operadores establecidos en el mercado con una cuota de participación importante.

¹⁸ Un ejemplo corresponde al suministro de capacidad de red a través del cable submarino (servicio portador), con el fin de que otro prestador de servicio de redes y telefonía utilice esa capacidad de red para prestar distintos servicios de telecomunicaciones. En este caso, cada PRST deberá pagar la contraprestación por el servicio de telecomunicaciones prestado.

“Los teleservicios son aquellos que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal. Forman parte de éstos, entre otros, los servicios de telefonía¹⁹⁻²⁰ tanto fija como móvil y móvil-celular, la telegrafía y el télex”.

Desde el punto de vista técnico, es importante advertir que en la actualidad el servicio de telefonía fija por conmutación de servicios o de paquetes, comprende diferentes atributos tecnológicos y operativos que pueden abarcar las siete capas del modelo de referencia ISA (Interconexión de Sistemas Abiertos)²¹ y no solamente las cuatro primeras capas. Lo anterior, a propósito de algunos documentos aportados al expediente, donde puede desprenderse que los atributos de las capas 5 y superiores serían exclusivas de las aplicaciones.

- Servicio de valor agregado

i) El concepto legal

En el marco de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones, el Decreto 1900 de 1990 definió los servicios de valor agregado en los siguientes términos:

“Artículo 31. Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.

Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico.

Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos”.

(El subrayado es de la Sala)

Se puede observar que, si bien la Ley 72 de 1989 distinguió los servicios de telecomunicaciones de los servicios informáticos y de telemática, el Decreto Ley 1900 de 1990 clasificó todos estos servicios en la categoría de servicios de telecomunicaciones.

Por su parte, esta clasificación de servicios fue objeto de decisiones por parte del Consejo de Estado, en las cuales se ratificó que los servicios de valor agregado se inscribían en el conjunto de servicios de telecomunicaciones como una de sus clases²².

¹⁹ Con el servicio de telefonía, el legislador consideró, de manera excepcional, que la naturaleza de la señal transmitida, en este caso la voz, corresponde a una categoría de servicio autónoma de telecomunicaciones. En efecto, por regla general, la naturaleza de las señales que se cursan a través de la comunicación es irrelevante para determinar la clase de servicio de que se trata.

²⁰ Fajardo, Alfredo; Tovar, Felipe; Atehortúa, Carlos; González, Edgar. *Servicios de Valor Agregado y análisis de los Contact Center*, Cit., p. 66. La anterior Ley 142 de 1994 incluía en la definición de TPBC la naturaleza de la señal de voz como un elemento determinante para tipificar este servicio.

²¹ Con posterioridad se hará referencia al Modelo ISA (más conocido como Modelo OSI por sus siglas en inglés) para explicar las diferentes capas que permiten la comunicación en forma piramidal y jerárquica, propio de varios servicios de telecomunicaciones.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 24 de agosto de 2000. Radicación 6287. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

ii) Elementos de la definición legal.

Los elementos de esta definición son los siguientes:

- a. **Requieren el soporte de otros servicios.** Al respecto, la norma cita los servicios básicos, telemáticos, de difusión o su combinación.
- b. **Solo con ellos se proporciona la capacidad completa para el envío o intercambio de información.** Debe resaltarse que la norma menciona tanto el envío como el intercambio de información.
- c. El servicio debe satisfacer **nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.**

De acuerdo con la definición legal del servicio de valor agregado, es necesario que además del servicio de telecomunicaciones en el cual se soporta, este servicio satisfaga nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones de los usuarios y no necesidades de otra naturaleza, como pueden ser, entre otras, las de contenido económico o comercial.

En consecuencia, no cualquier facilidad o adición al servicio soporte tipifica un servicio de valor agregado; es imprescindible que la facilidad agregada satisfaga una nueva necesidad específica de telecomunicaciones del usuario. Este elemento fue ampliamente discutido en su época, especialmente, en la labor de diferenciar los servicios de valor agregado de los servicios de telefonía de larga distancia, y así se refleja en los distintos reglamentos expedidos.

Finalmente, se debe resaltar que la definición legal de los servicios de valor agregado cita como ejemplo de estos servicios la transferencia electrónica de fondos, el acceso, envío tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada y el correo electrónico²³.

iii) **La transferencia electrónica de fondos correspondía a un servicio de valor agregado, de conformidad con el Decreto Ley 1900 de 1990 y la jurisprudencia del Consejo de Estado**

Por expresa consagración del Decreto 1900 de 1990, los servicios de transferencia electrónica de fondos, las transacciones financieras o los servicios de telebanca, eran servicios de valor agregado. Lo anterior, en forma independiente de que en ellos se verifiquen las características de los servicios de valor agregado citadas en el aparte anterior²⁴.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1900 de 1990 es insoslayable concluir que en este régimen, los servicios de telebanca y transacciones financieras a distancia se ubicaban en la categoría de servicios de valor agregado, como servicios de telecomunicaciones:

²³ Desde la expedición de la ley y durante su vigencia, el Ministerio de Comunicaciones otorgó, en gran parte, concesiones de valor agregado para prestar el servicio de internet.

²⁴ Podría argüirse que los servicios de transferencia electrónica de fondos al que alude la ley pueden no satisfacer por sí solos una nueva necesidad específica de telecomunicaciones, pues, aunque utilizan como soporte otro servicio de telecomunicaciones, satisfacen necesidades comerciales o financieras de los usuarios. Sin embargo, la norma legal no deja duda de su calidad de valor agregado al ubicarlos expresamente en esta categoría.

Por una parte, porque así lo preveía expresamente el Decreto Ley 1900 de 1990 y su Decreto reglamentario 1794 de 1991, al enunciar algunos ejemplos de los servicios de valor agregado.

Por otra, porque así lo confirmó la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado²⁵, al resolver los conflictos surgidos entre el entonces Ministerio de las Comunicaciones y las entidades prestadoras de los servicios de telebanca y transacciones financieras a distancia, por la calificación jurídica de estos servicios y el cumplimiento de las obligaciones que de ellos se derivaba.

Las entidades que prestaban los servicios de telebanca y transacciones financieras a distancia afirmaban que sus servicios se encuadraban exclusivamente en un servicio financiero que, a su vez, estaba soportado sobre un servicio de telecomunicaciones prestado por un tercero, sin que esta última circunstancia lo convirtiera en un prestador de servicios de telecomunicaciones. En consecuencia, no estaban obligadas a solicitar el respectivo título habilitante, ni a pagar la contraprestación consecencial a favor del Estado.

Por su parte, el entonces Ministerio de las Comunicaciones mantuvo la posición de que las entidades financieras sí prestaban un servicio de valor agregado, razón por la cual debían cumplir las obligaciones previstas por el ordenamiento jurídico para los prestadores de estos servicios de telecomunicaciones. Por ello, ante la negativa de las entidades financieras de cumplir con dichas obligaciones, el Ministerio adelantó las investigaciones administrativas por la prestación clandestina de los servicios de valor agregado e impuso las respectivas sanciones.

El debate jurídico fue finalmente zanjado por la Sección Primera de esta Corporación, que en diversas sentencias afirmó que los servicios de las empresas telebanca y servicios financieros a distancia se ubicaban en la categoría de los servicios de telecomunicaciones, en la modalidad de los servicios de valor agregado²⁶.

La posición adoptada por el Consejo de Estado toma en consideración el hecho de que los servicios prestados por los operadores concernidos (Red Multicolor, Redeban y Credibanco) comprendían la utilización de centrales de computación y de comunicaciones, a través de los cuales se realizan funcionalidades propias de los servicios de valor agregado, entre ellos, servir de enrutador de comunicaciones a su cargo, facilitar la prestación compartida de la información, procesarla, manejarla, garantizar la confiabilidad de la información a su cargo y facilitar la prestación, etc. Lo anterior, con independencia de que para estos efectos utilizara una red ajena²⁷.

²⁵ Así, pueden confrontarse los siguientes fallos de la Sección Primera del Consejo de Estado: Sentencia del 01 de febrero de 2001. M.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Actor: RED MULTICOLOR; Sentencia del 24 de agosto de 2000. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Actor: SERVIBANCA y Sentencia del 13 de septiembre de 2001. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Actor. CREDIBANCO.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Por la relevancia que adquieren para los efectos de la presente consulta, conviene transcribir algunos apartes de las citadas sentencias:

***Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, del 01 de febrero de 2001. M.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Actor: RED MULTICOLOR.**

“De otra parte, en la misma demanda se afirma que “La Red multicolor” coteja la información que recibe de las entidades a quienes les presta el servicio, las procesa y maneja, y una vez la tiene lista la transmite por medio de la red pública de telecomunicaciones, resultando evidente, por lo tanto, que dicha entidad si presta un servicio de telecomunicación de valor agregado en virtud de estas actividades, (...)”.

De esta manera, el Consejo de Estado distinguió los servicios de valor agregado que realizaban las entidades financieras, de los servicios portadores que le servían de soporte.

Para esta alta corporación, las transacciones financieras y los servicios de telebanca correspondían a un servicio de telecomunicaciones de valor agregado y su prestación estaba sujeta al pago de la correspondiente contraprestación, independiente del servicio portador que fuera suministrado por otro operador. Como se evidencia, existían dos servicios de telecomunicaciones, razón por la cual no podía afirmarse que se estaba pagando una doble contraprestación por una misma transmisión de datos.

C. Desarrollo reglamentario del régimen de los servicios de valor agregado.

i) Decreto 1794 de 1991

En relación con los servicios de valor agregado, el Decreto 1794 de 1991 preceptuó:

“Art. 4 Características diferenciales: Características diferenciables: Sólo se consideran servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos. Las características que hacen diferenciable un servicio de valor agregado se pueden referir a la transmisión de información de

Sentencia del 24 de agosto de 2000. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Actor: SERVIBANCA.

“Visto lo anterior, y, de una parte, constatado como fue que “la empresa SERVIBANCA presta los siguientes servicios: ‘...retiro de fondos, información de saldos, transferencia electrónica de fondos (este último solo para las entidades sociales). Próximamente se establecerá el servicio P.O.S. Tarjeta inteligente para operaciones crédito-débito...’ servicios éstos de Transferencia Electrónica de Fondos, los cuales están encuadrados dentro de los determinados en el artículo 4º decreto 1794 de 1.991 como de valor agregado; sin tener licencia expedida por el ministerio de Comunicaciones”, según aparece relatado en la parte considerativa del acto acusado, y no controvertido y menos desvirtuado por la accionante; y, de otra parte, que en la misma demanda se afirma que la actora “coteja la información que recibe de las entidades a quienes les presta el servicio, la procesa y maneja, y una vez la tiene lista la transmite por medio de la red pública de telecomunicaciones”, resulta evidente que dicha entidad sí presta un servicio de telecomunicación de valor agregado en virtud de estas actividades, independientemente de que esté o no constituida como empresa de telecomunicaciones o de que éste no se encuentre previsto en su objeto social. Es claro que al servicio básico de telecomunicaciones que usa como soporte adiciona otros para atender necesidades especiales de sus clientes, para lo cual aquél le proporciona la capacidad completa para el intercambio de información.

El hecho de que se utilice la red pública de telecomunicaciones no le quita el carácter especial o de valor agregado al servicio, como lo insinúa la accionante, puesto que éste se puede prestar a través de una red operada por otro o de una red propia de telecomunicaciones, según el inciso primero del artículo 3º del decreto 1794 de 1.991, y justamente, una red de telecomunicación operada por otro, bien puede ser la estatal o pública. Además, el artículo 5º, inciso segundo, del decreto antelado autoriza la conexión de la red de valor agregado a la red pública telefónica conmutada o a cualquier otra red de telecomunicaciones del Estado”²⁷.

Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, del 13 de septiembre de 2001. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Actor. CREDIBANCO.

“Del texto de la normatividad que ha quedado reseñado, colige la Sala, (...) que los servicios de telecomunicaciones pueden ser prestados a través de una red propia o de una red ajena; y confrontada la definición de tales servicios y, particularmente, la de los de valor agregado, con la actividad de la demandante, se deduce que al prestar servicios de telebanca y transacción financiera a distancia, (servicios de carácter informativo y manejo de procesamiento) utilizando para ello la red pública de telecomunicaciones, esto es, una red ajena de telecomunicación, está prestando un servicio de valor agregado”.

cualquier naturaleza o a la información transmitida o a una combinación de ambas posibilidades.

Hacen parte de las características diferenciables referidas a la transmisión, entre otras, la conversión de protocolos, la conversión de códigos, la conversión de formatos, la conversión de velocidades, la protección de errores, el encriptamiento, la codificación y el enrutamiento de la información y la adaptación a requerimientos de calidad.

Hacen parte de las características diferenciables referidas al tratamiento de la información, entre otros, el acceso, almacenamiento, envío, tratamiento, depósito y recuperación a distancia de información, el manejo de correo electrónico y de mensajes, las transacciones financieras y la telebanca”.

(El subrayado es de la Sala)

Como se puede observar, el Decreto reglamentario se refiere a dos características técnicas que parecen diferenciar el servicio de valor agregado: aquellas referidas al tratamiento a la información y las relacionadas con la transmisión de la información.

Es importante anotar que el elemento de las “facilidades relativas a la transmisión de la información” parecía exceder el contenido de la definición legal de valor agregado prevista por el Decreto ley 1900 de 1990²⁸. No obstante, lo cierto es que la norma estuvo vigente y tuvo aplicación durante su vigencia.

El alcance de estas características técnicas fue analizado en su momento por la doctrina:

- En cuanto a las funcionalidades sobre el **tratamiento de la información**:

“Cabe resaltar que los criterios de distinción establecidos en la norma citada pueden ser reunidos en tres grupos, todos referidos a formas de tratamiento de la información:

- *El primero relativo a procesos lógicos que permiten simultáneamente con la telecomunicación generar a distancia un cambio neto sobre la información, según las necesidades del usuario.*
- *El segundo conformado por el correo electrónico, es decir, con el intercambio electrónico de datos o mensajes, mediante el uso de sistemas de telecomunicación.*
- *Finalmente las transacciones financieras y la telebanca que se realicen apoyadas también en sistemas de telecomunicaciones.*

“(…) la nota característica de estas aplicaciones es la posibilidad de que conjuntamente con la telecomunicación el usuario pueda disfrutar de

²⁸ Varios de los supuestos previstos en el reglamento no están contenidos, ni parecen tener soporte en la norma legal, en especial, los relacionados con la **transmisión** de la información. La norma legal hace referencia a la adición de facilidades al servicio soporte o a satisfacer nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones, de tal manera que se genere **un cambio o tratamiento en la información** para satisfacer una necesidad de telecomunicaciones del usuario. La norma legal no contempla que los procesos técnicos generados sobre la transmisión puedan considerarse valor agregado, como si lo hace la norma reglamentaria.

En otras palabras, algunas características para el tratamiento de la información, con los demás requisitos de ley, habían sido establecidas por la ley como servicios de valor agregado. Por el contrario, las actividades que puedan realizarse sobre la **transmisión** no parecen ser parte del concepto legal de valor agregado.

prestaciones que le ofrezcan la facultad de generar información nueva, distinta o mejorada a la que se cursa, a partir del uso o incorporación de procesos lógicos que le permiten interactuar con la información transmitida y que indudablemente corresponden a una característica particular y específica, que agregan una facilidad al soporte, y predicable sólo de los servicios de valor agregado generados a partir de la información.

La Comisión manifestó entonces sobre este particular, que en todo caso, cualquiera sea la facilidad que se proporciona sobre el manejo de la información, para la existencia del servicio de valor agregado es imprescindible que las facilidades que se adicionan a la telecomunicación sean provistas para el beneficio y utilización directa e inmediata del usuario, que estén en todo momento a su disposición y ser de su libre elección, de modo que no constituyan simplemente procesos incorporados por el operador para la provisión de la telecomunicación en sí misma, concepto que se justifica en la medida que se trata de un servicio con capacidad completa que se suministra al usuario de extremo a extremo.

Sólo en la medida que el usuario cuente en forma directa e inmediata con características relativas al tratamiento de la información, existirá una facilidad agregada a la simple telecomunicación y será posible que se incorpore un cambio neto sobre dicha información, de suerte que comporte necesariamente estar en presencia de una información nueva, distinta, mejorada o cambiada respecto a la inicialmente transmitida²⁹.

(El subrayado es de la Sala)

- En cuanto a las funcionalidades referidas a la **transmisión de la información:**

“Dado que tales características son predicables de todos los servicios de telecomunicaciones, como quiera que dichos criterios de transmisión se encuentran presentes en todos ellos, es fundamental para que puedan ser considerados como características diferenciables del servicio de valor agregado que se proporcionen directamente al usuario, esto es, que sea él quien utiliza y se beneficia directamente y de manera inmediata de las facilidades técnicas sobre la transmisión que se le ofrecen y ha contratado.

Precisamente por ello, en los casos en que el operador emplea tales facilidades como instrumentos para cursar la información a través de sus redes y sistemas, el uso de las mismas y los consiguientes beneficios solamente se derivan en forma directa e inmediata para dicho operador, de modo que tales características de transmisión no pueden ser tenidas como criterios diferenciadores del servicio³⁰.

(El subrayado es de la Sala)

ii) Decreto 600 de 2003

Con posterioridad al Decreto 1794 de 1991, el Gobierno expidió el Decreto 600 de 2003, que retorna a los criterios generales previstos por el Decreto 1900 de 1990 para definir los servicios de valor agregado, al suprimir el criterio de las facilidades sobre transmisión de la información o de la información transmitida que había sido incorporado por el Decreto 1794 de 1991:

²⁹ Fajardo, Alfredo; Tovar, Felipe; Atehortúa, Carlos; González, Edgar, Servicios de Valor Agregado y análisis de los Contact Center, CIT, pp. 144 ss.

³⁰ Ídem, p. 148.

“Servicios de Valor Agregado. Son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier otra combinación de estos y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo necesidades específicas de telecomunicaciones.

Para que el servicio de Valor Agregado se diferencie del servicio básico, es necesario que el usuario de aquél perciba de manera directa alguna facilidad agregada a la simple telecomunicación que le proporcione beneficios de telecomunicaciones adicionales, independientemente de la tecnología o el terminal utilizado o que el operador de servicios de Valor Agregado efectúe procesos lógicos sobre la información que posibiliten una mejora, adición o cambio al contenido de la información, de manera tal que genere un cambio neto de la misma independientemente del terminal utilizado. Este cambio a su vez debe generar un beneficio inmediato y directo, que debe ser percibido por el usuario del servicio”.

Del contenido de la norma se observa el interés del reglamento en reiterar que no cualquier facilidad agregada a la simple telecomunicación constituye un nuevo servicio de valor agregado. Es necesario que al usuario se le proporcione un evidente beneficio de telecomunicaciones.

En efecto, los procesos lógicos realizados sobre la información que posibilitan un cambio en su contenido, deben contener un beneficio adicional para el usuario. De lo contrario no podrían calificarse como servicios de valor agregado.

iii) Decreto 3055 de 2003

La última norma reglamentaria del Decreto Ley 1900 de 1990 señaló:

*“**Servicios de Valor Agregado.** Son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de estos, prestados a través de una red de telecomunicaciones autorizada, y con ellos proporcionan al usuario la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo necesidades específicas de telecomunicaciones.*

Para que el servicio de Valor Agregado se diferencie del servicio básico, es necesario que el usuario de aquel reciba de manera directa alguna facilidad agregada a dicho servicio, que le proporcione beneficios adicionales, independientemente de la tecnología o el terminal utilizado; o que el operador de servicios de Valor Agregado efectúe procesos lógicos sobre la información que posibiliten una mejora, adición o cambio al contenido de la información de manera tal que genere un cambio neto de la misma independientemente del terminal utilizado. Este cambio, a su vez, debe generar un beneficio inmediato y directo, que debe ser recibido por el usuario del servicio”.

Esta norma se limita, en gran medida, a reiterar la disposición legal y omite las diferencias discutibles señaladas en el primer reglamento -Decreto 1794 de 1991-, referidas al tratamiento de la información y a la transmisión de la misma.

No obstante, el reglamento hace énfasis en un requisito esencial, esto es, que no cualquier tratamiento de la información podía considerarse un servicio de valor agregado. Se requiere que el servicio proporcione un beneficio adicional al usuario, independiente de la tecnología o del terminal utilizado, o que se efectúen procesos lógicos sobre la información que posibiliten una modificación al contenido de la misma, con el necesario beneficio inmediato y directo del usuario.

Aunque la norma reglamentaria solo alude al servicio de valor agregado cuando comporta un cambio sobre la información, es claro que los supuestos previstos en el Decreto Ley 1900 de 1990 mantienen su vigencia, esto es, la necesidad de que se proporcione un beneficio adicional al servicio soporte.

Sin embargo, también serán servicios de valor agregado los calificados como tales en la norma legal. En este caso, el Decreto 1900 de 1990 señaló como servicio de valor agregado la transferencia electrónica de fondos.

- Servicio telemáticos

“ARTICULO 30. Servicios telemáticos son aquellos que, utilizando como soporte servicios básicos, permiten el intercambio de información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos. Forman parte de éstos, entre otros, los de telefax, publifax, teletex, videotex y datafax”.

En estricto sentido, en la concesión de estos servicios resultaba difícil para el Ministerio, desde el punto de vista técnico, diferenciar los servicios telemáticos de los servicios de valor agregado, de conformidad con el alcance y contenido de sus definiciones, entre otras razones, porque ambos servicios utilizan como soporte servicios básicos para permitir el intercambio de información³¹.

Por el tratamiento jurídico similar señalado en la ley para los servicios telemáticos y de valor agregado³², así como la dificultad práctica de distinguir técnicamente las prestaciones ofrecidas por uno y otro servicio, se regularon ambas categorías en forma unitaria y coincidente durante la vigencia del Decreto 1900 de 1990.

Finalmente, sobre estos servicios telemáticos, se considera que su definición en cuanto al intercambio de información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos, parece corresponder a los servicios de manejo o procesamiento de información prestados por algunos operadores de telebanca y transacciones financieras a distancia, según la información general suministrada a esta Sala tanto por el Ministerio como por los intervinientes en el proceso previo a este concepto, y en los documentos aportados.

Sin embargo, ante la tipificación expresa de la ley de los servicios de transacciones financieras como servicios de valor agregado, es claro que el intérprete debía atenerse a la disposición legal.

D. El referente técnico de la clasificación legal de los servicios de telecomunicaciones. Modelo OSI.

La clasificación y definición de los servicios de telecomunicaciones consagrada en el Decreto 1900 de 1990 acogió la metodología y criterios de distinción de los servicios de telecomunicaciones utilizados por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)³³.

³¹ El modelo técnico y conceptual de interconexión de sistemas abiertos define las características y estandarización de las funciones de comunicación de un sistema de comunicaciones. Se menciona el modelo OSI para distinguir las diferentes capas en que se estructura conceptualmente el intercambio de información.

³² Se trataba de nuevos servicios de telecomunicaciones que irrumpían en el mercado de las comunicaciones y fueron regulados por el Decreto 1990 de 1990. Por estos servicios se pagaba un valor de concesión sustancialmente menor a los de TPBCL.

³³ Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Concepto del 19 de enero de 2000.

Asimismo, la explicación conceptual de la organización de los servicios de telecomunicaciones y sus atributos tecnológicos y operativos corresponden a una estructura jerárquica que permite diferenciar las siete capas del modelo de interconexión de sistemas abiertos (ISA), más conocido como modelo OSI por sus siglas en inglés (*Open System Interconnection*).

El modelo OSI es un modelo de referencia para los sistemas de comunicaciones, creado a principio de la década de los 80 por la Organización Internacional de Normalización (ISO, *International Organization for Standardization*), que describe y estandariza las funciones que cumplen los sistemas de comunicación que interactúan en la red.

La importancia del modelo OSI corresponde a que este permite diferenciar las diferentes capas que cumplen en un servicio de telecomunicaciones y que interactúan entre sí a través de una relación jerárquica, por cuanto cada capa o nivel de OSI es un módulo independiente que provee un servicio a la capa superior, para el intercambio de la información y la interoperabilidad de los sistemas en la red.

Este modelo resulta importante para el tema consultado, no solo porque permite explicar técnicamente los diferentes procesos que interactúan en los servicios de telecomunicaciones, sino porque la misma Comisión de Regulación de Telecomunicaciones lo consideró aplicable para respaldar los criterios legales de clasificación de estos servicios en el ordenamiento colombiano³⁴.

Para efecto de explicar las facilidades técnicas que se ubican en cada capa, la Sala considera pertinente remitirse a las siguientes consideraciones expuestas en el concepto del 19 de enero de 2000, adoptado por el órgano regulador de los servicios de telecomunicaciones:

“Precisamente, como quiera que los criterios legales de clasificación tienen fundamento en una organización técnica propuesta a partir de los atributos tecnológicos, operativos y administrativos de los servicios, que describen las funciones de comunicación y los protocolos requeridos para el manejo de las facilidades asociadas con una prestación específica, resulta pertinente examinar con detalle la organización técnica de la clasificación.

Técnicamente las funciones y protocolos de comunicación se explican, organizan y clasifican con arreglo a la estructura jerárquica de las siete capas del modelo de referencia ISA (Interconexión de Sistemas Abiertos) que Peter Bocker esquematiza de la siguiente manera2:

Las capas 1 a 4 están orientadas al transporte de la comunicación y comprenden, entre otras funciones, el control del acceso a la red (capas 1 a 3) y el transporte de la información a través de la red de usuario a usuario.

Así, la Capa 1 está destinada al establecimiento de las condiciones sobre la conexión física a la red, la rata de transmisión y de las características eléctricas.

La Capa 2 comprende los procedimientos para la transferencia confiable de datos, tanto para la señalización entre el usuario y la red como entre usuarios, así como para la transmisión de la información de usuario de usuario a usuario, mediante instrumentos de detección y corrección de errores.

³⁴ Ibídem.

La Capa 3 se integra con los protocolos de control sobre la comunicación o de la capa de red y son empleados para el establecimiento, terminación y supervisión de la conexión física (enrutamiento), al tiempo que en redes de paquetes esta capa además se usa para controlar y monitorear el transporte de paquetes, incluidos el control de flujo, la supervisión de la secuencia de paquetes y la corrección si es necesaria.

La Capa 4, denominada de transporte, supervisa y controla el transporte y el enlace lógico de los bloques de mensajes de terminal a terminal de usuario.

Las Capas 5 a 7 están orientadas a la aplicación de protocolos, entendidos estos como el conjunto de todas las reglas y especificaciones de un proceso de comunicación entre un usuario y la red o entre un usuario y otro a través de una infraestructura.

La Capa 5 cumple con la secuencia de control, incluidos el establecimiento, terminación y monitoreo de la conexión lógica, la conmutación entre diferentes modos de operación de un servicio y el control de la corrección de errores de transmisión que hayan podido ser rectificadas en las capas destinadas al transporte.

La Capa 6 se compone por las funciones de presentación de la información transmitida, tales como, texto y gráficas, formato y estructura de un documento.

La Capa 7 está asignada a las funciones y protocolos para el control de las aplicaciones y para la edición y procesamiento del contenido de los mensajes de una comunicación. Las funciones de capa 7 también incluyen la evaluación necesaria de la información relacionada con el mensaje para controlar el proceso de comunicación, tal como el tipo de información, la calidad de requerimientos, el nombre o dirección de la parte, autorizaciones y protección de datos (encriptación). (Concepto de la CRC del 19 de enero de 2000, pp 4 y 5)³⁵.

(El subrayado es de la Sala)

De lo anteriormente expuesto, es posible extraer la siguiente presentación simplificada del modelo OSI³⁶:

CAPAS	DESCRIPCIÓN TÉCNICA
7	Nivel de funciones y protocolos para el desarrollo de aplicaciones.
6	Nivel de Presentación de los datos
5	Nivel de Sesión
4	Nivel de Transporte
3	Nivel de Red (enrutamiento)
2	Nivel de conexión o enlace
1	Nivel físico

- **Concepto del Ministerio de las Comunicaciones sobre los servicios de valor agregado y telemáticos, en comparación con los servicios básicos de TPBC.**

³⁵ La síntesis descrita en el concepto de la CRC corresponde en gran parte a lo expuesto por Bocker Peter. *The Integrated Services Digital Network. Concepts, Methods, Systems*. Springer-Verlag. Berlin Heidelberg. 1998. pp 11-16, y por el *Newton's telecom dictionary. The Official Dictionary of Telecommunications, Networking and the internet*. CMP Books. 2001. P. 503.

³⁶ Esta síntesis es extraída de conformidad con las definiciones expuestas arriba en el texto.

En razón de las controversias jurídicas suscitadas entre los distintos operadores originadas en la dificultad para distinguir los distintos servicios, pues permitían suministrar prestaciones similares o iguales en beneficio de los usuarios, bajo títulos de concesión distintos, el Ministerio de Comunicaciones emitió un concepto en el año 2006³⁷, que buscaba suministrar elementos de juicio para diferenciar especialmente los servicios de valor agregado de los servicios de TPBC de larga distancia. Lo anterior, en especial, por las grandes diferencias económicas que pagaban los operadores para obtener el título de concesión de uno u otro servicio.

En la época del citado concepto, como se ha venido señalando, el régimen jurídico liberalizado y sin mayores barreras de entrada, que caracterizaba a los servicios de valor agregado, era sustancialmente diferente al régimen de los servicios de telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional e internacional. De igual manera, los ingresos recibidos por los operadores de TPBCL eran sustancialmente superiores a los recibidos por los operadores de valor agregado.

Tecnologías como la voz IP³⁸ y aún la televisión IP empezaban a tener importancia por esa época, por su utilización creciente por los usuarios. Esta situación tecnológica de prestaciones similares que percibía el usuario de servicios, con regímenes jurídicos distintos, mostraba la enorme dificultad para determinar si correspondían a servicios básicos, de telefonía, de televisión, o si se trataba de servicios de valor agregado.

Como se observa, nuevamente se planteaban los problemas jurídicos para diferenciar (entre sí) los servicios de telecomunicaciones, dada la incorporación y el uso cada vez mayor de procesos propios de las tecnologías de la información.

En efecto, una vez reseñadas las funcionalidades técnicas de cada una de las capas del modelo OSI, el citado concepto señala:

*“En este modelo el proceso que requiere la telecomunicación se surte en las capas inferiores (Niveles 1 a 4). Los procesos propios de la informática se realizan en las capas superiores (Niveles 5 a 7). La frontera del proceso de telecomunicaciones se efectúa en la capa de transporte (Nivel 4) (Ilustración 1)”*³⁹. Más adelante, el mismo documento indica: “El modelo OSI puede simplificarse para efectos del análisis del alcance de los servicios de telecomunicaciones y los procesos propios de la informática que son del campo de las aplicaciones y los contenidos. Así, podemos aislar los canales físicos de telecomunicaciones, los procesos lógicos involucrados en las mismas (Soportes físicos y soportes lógicos) y las aplicaciones y contenidos que se surten de las telecomunicaciones para su uso. En este caso, encontraríamos una capa de nivel físico y una de nivel lógico, para lo que compete propiamente al proceso de telecomunicaciones, y unas capas de aplicaciones y contenidos para los procesos propios de la informática, tal como se presenta en la Ilustración 2”³⁹.

2) El régimen jurídico de las TIC.

A. Desarrollos legales

³⁷ Ministerio de las Comunicaciones. Concepto sobre el “ALCANCE DE LOS SERVICIOS DE VALOR AGREGADO Y TELEMÁTICOS RESPECTO DE LOS SERVICIOS BÁSICOS Y EN PARTICULAR DE LOS SERVICIOS DE TPBC”. 2006.

³⁸ Protocolo Internet.

³⁹ Ibídem.

i) Ley 527 de 1999. Mensajes de datos y comercio electrónico.

Esta ley regula el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales.

En su art. 1 establece su aplicación a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo los casos expresamente previsto en la norma⁴⁰, mientras que el art. 2 define los siguientes términos:

“(...) e) Intercambio electrónico de datos (EDI) como “la transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto”.

f) Sistema de Información. Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos”.

(El subrayado es de la Sala)

Como se observa, esta regulación especial se aplica al intercambio de mensaje de datos, entre ellos, la transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, en cuanto a su acceso y uso.

Aún en vigencia del Decreto 1900 de 1990 se evidenciaba que la norma hacía referencia a los instrumentos pertinentes y necesarios relacionados con el correo electrónico, inherente al contenido y seguridad de la información transmitida. Sin embargo, no regulaba los aspectos relacionados con el régimen de la transmisión de la información, propio de las telecomunicaciones.

Por lo tanto, de este régimen no es posible deducir que el intercambio electrónico de mensajes de datos se configure como un servicio autónomo y diverso a los servicios de telecomunicaciones regulados por el Decreto 1900 de 1990, y por ende no modificó el régimen previsto en este Estatuto.

ii) Ley 1341 de 2009.

- Consideraciones generales

Como se analizó, las telecomunicaciones, como servicio público tenían un régimen jurídico propio, que regulaba tanto los servicios de telecomunicaciones, como los bienes necesarios para dicha prestación, entre ellos, las redes de telecomunicaciones y el espectro radioeléctrico.

Por otra parte, las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), no tenían un régimen jurídico autónomo y por ende, correspondían en general a una actividad económica regida por las leyes del mercado y de la competencia⁴¹.

⁴⁰ En específico, las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales y, en las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.

⁴¹ Artículos 333 y 334 C.P.

En este contexto, se expide la Ley 1341 de 2009 que pretendía regular el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, incorporando en este concepto general, el régimen de las telecomunicaciones.

Según se desprende de la exposición de motivos así como de su contenido, la justificación de esta ley encontraba asidero en la necesidad de regular las TIC, no solo desde la perspectiva de los servicios, entre ellos, los de telecomunicaciones, sino como instrumentos necesarios para garantizar el acceso a la Sociedad de la Información y del Conocimiento.

En efecto, el art. 3 de la ley reconoce que el acceso y uso de las TIC, “son pilares para la consolidación de las sociedades de la información y del conocimiento”⁴². No obstante el objetivo buscado, la realidad del contenido de ley muestra que la mayoría de las disposiciones de la Ley 1341 de 2009 están referidas de manera específica a las telecomunicaciones y no a las TIC en su concepto general, como se expondrá a continuación.

Es importante aclarar que aunque las TIC corresponden al concepto genérico y las telecomunicaciones a una de sus especies, lo cierto es que del contenido de la norma se observa que las TIC y las telecomunicaciones tienen un régimen especial y diferente⁴³.

En cuanto al régimen de las TIC, la ley se preocupó por diferenciar, por una parte, el régimen de los servicios de las TIC, incluidos los de telecomunicaciones y, por otra, el régimen de los bienes que intervienen o que resultan necesarios para la prestación de los primeros.

Así, para prestar servicios de telecomunicaciones, la ley consagra una habilitación general con la obligación del proveedor de inscribirse en el registro ante el MINTIC.

No sucede lo mismo con los bienes necesarios para la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Se puede observar el régimen del espectro radioeléctrico (ERE), el cual quedó sometido, como regla general, a mecanismos de selección objetiva para el otorgamiento del permiso para su uso, lo cual genera una contraprestación económica en favor del Estado⁴⁴.

- Ámbito de aplicación: Las TIC.

La Ley 1341 de 2009 introduce las bases para adecuar el ordenamiento jurídico colombiano a la convergencia tecnológica que caracteriza actualmente el mundo

⁴² De manera adicional, el art. 2 de la Ley 1341 de 2009, se mencionan a las TIC, no solo como una herramienta necesaria para la masificación del Gobierno en línea, desde el punto de vista de la administración pública, sino también como elemento vital para el desarrollo de la sociedad, como es el caso del derecho a la información y a la educación, al acceso al conocimiento, a la ciencia y a la técnica.

⁴³ En la legislación de telecomunicaciones no es extraño este fenómeno. Así, en el concepto de redes de telecomunicaciones, se encuentra comprendido el espectro radioeléctrico (ERE). No obstante, dada su importancia, por tratarse en algunos casos de un recurso escaso, la ley le estableció un régimen especial y diferente, para su uso del mismo. Así el ERE requiere un permiso otorgado por la autoridad competente, a diferencia de la instalación de redes que tienen una habilitación general.

⁴⁴ Art. 11 y 13 de la Ley 1341 de 2009.

de las comunicaciones⁴⁵, la cual está impulsada por la conectividad global que ofrece el mundo de internet.

En este contexto, la nueva normatividad pasó de un régimen jurídico de las telecomunicaciones, a un régimen que define el marco general para el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, tal como lo establece el art. 1 de la ley, así:

“Artículo 1°. Objeto. La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información”.

- Definición de TIC e industrias incorporadas en el sector de TIC

Las TIC han sido definidas por la Ley:

“Artículo 6°. Definición de TIC. Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC), son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes”.

Como se puede observar, la definición de TIC corresponde a:

- i) **Bienes:** que pueden ser físicos y lógicos, como son recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permiten:
- ii) **Las actividades** de compilar, procesar, almacenar y transmitir información;
- iii) Y **el tipo de información**, que corresponde a la voz, texto, vídeo e imágenes.

En consecuencia, de acuerdo con la Ley 1341 de 2009 las TIC involucran bienes, dentro de los cuales se encuentran las aplicaciones a las cuales se refieren los documentos de la consulta y los intervinientes en este proceso.

⁴⁵ La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) define la convergencia como la “evolución coordinada de redes que antes eran independientes, hacia una uniformidad que permita el soporte común de servicios y aplicaciones”. Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). “Principios y requisitos para la convergencia de sistemas fijos e IMT-2000 existentes”, *Recomendación UIT-T Q.1761*, 2004, [<http://www.itu.int/rec/T-REC-Q.1761/es>]. Se trata de una convergencia representada por la posibilidad de que diferentes servicios y aplicaciones se distribuyan a través de una misma red y por el surgimiento de nuevos servicios de comunicaciones en el que los de telecomunicaciones resultan transversales, pero no exclusivos. En efecto, en el nuevo entorno digital han surgido nuevos agentes del mercado como los denominados *Over The Top* (en adelante OTT), que ofrecen una multiplicidad de servicios que son ofrecidos electrónicamente, pero que utilizan tecnologías diferentes y actúan de manera complementaria e incluso sustituta de los servicios de telecomunicaciones.

De manera adicional, la norma establece que estos bienes permiten diferentes servicios que incorporan las actividades de compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información⁴⁶. En este caso, la información puede corresponder a voz, texto, video e imágenes.

De conformidad con lo expuesto, para la Sala no hay duda alguna que el concepto de TIC involucra los servicios de telecomunicaciones que pueden ser prestados con estos bienes o recursos⁴⁷.

En este sentido, cabe destacar que el art. 9 de la Ley 1341 de 2009 establece que el sector de las TIC está compuesto por:

“Artículo 9°. El sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones está compuesto por industrias manufactureras, comerciales y de servicios cuyos productos recogen, procesan, crean, transmiten o muestran datos e información electrónicamente.

Para las industrias manufactureras, los productos deben estar diseñados para cumplir la función de tratamiento de la información y la comunicación, incluidas la transmisión y la presentación, y deben utilizar el procesamiento electrónico para detectar, medir y/o registrar fenómenos físicos o para controlar un proceso físico.

Para las industrias de servicios, los productos de esta industria deben estar diseñados para permitir la función de tratamiento de la información y la comunicación por medios electrónicos, sin afectar negativamente el medio ambiente”.

(Subraya la Sala)

Esta definición amerita los siguientes comentarios:

- i) En primer lugar, este sector incluye las industrias manufactureras, comerciales y de servicios relacionadas con las actividades propias de las TIC.
- ii) De esta forma, cuando estas industrias tengan como actividad productos que recojan, procesan, crean, transmitan o muestran datos electrónicamente, estarán cobijadas bajo el régimen del sector de las TIC.

Una interpretación sistemática de los arts. 6 y 9 de la Ley 1341 de 2009 permite concluir que los servicios de TIC son todos aquellos que utilizan estas tecnologías para realizar actividades sobre la información electrónica, como son: la

⁴⁶ Por lo tanto, según esta definición, las TIC involucran los servicios relacionados con la transmisión y tratamiento de la información. Sin embargo, la Ley 1341 de 2009 no hace una distinción o clasificación de estos servicios vinculados a las TIC.

⁴⁷ Según el Decreto Ley 1900 de 1990 se entiende por telecomunicación toda emisión, transmisión o recepción de información (señales, escrituras, imágenes, signos, sonidos, datos) de cualquier naturaleza. Esta definición se reitera casi textual en la Resolución 202 de 2010 del MINTIC. La única diferencia que se evidencia en las citadas definiciones corresponde a que en la primera se alude a la función de emisión, transmisión o recepción de información y en el acto administrativo, se menciona la emisión, transmisión y recepción de información. Desde el punto de vista lógico, el suministro de la información que tipifica la telecomunicación corresponde a cualquiera de los tres verbos enlistados en la norma.

compilación, procesamiento, almacenamiento, creación, transmisión o muestra de datos, que corresponden a texto, voz, imágenes, videos.

En conclusión, cualquiera de estas actividades sobre la información que realice un operador en beneficio de terceros es un servicio vinculado al sector de las TIC. Como la norma incluye la actividad de transmisión de la información, entre otras, las telecomunicaciones están incorporadas en el concepto de los servicios de las TIC.

- La protección de los usuarios de las TIC y de los servicios de telecomunicaciones como uno de los principios orientadores y prevalentes del nuevo estatuto

Para la Sala resulta importante resaltar la relevancia otorgada por la Ley 1341 de 2009 a la protección de los derechos de los usuarios de las TIC, incluidos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

En efecto, el art. 2 ibídem consagra como principio orientador de la ley la protección de los derechos de los usuarios de las TIC y establece la obligación del Estado de velar por su adecuada protección⁴⁸.

⁴⁸ **Artículo 2°. Principios orientadores.** La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.

Son principios orientadores de la presente ley:

1. Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Estado y en general todos los agentes del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deberán colaborar, dentro del marco de sus obligaciones, para priorizar el acceso y uso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la producción de bienes y servicios, en condiciones no discriminatorias en la conectividad, la educación, los contenidos y la competitividad.

2. Libre competencia. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.

3. Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos. El Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general.

4. Protección de los derechos de los usuarios. El Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así

Por su parte, el art. 7 establece que la Ley de TIC debe interpretarse conforme con los principios orientadores consagrados en el art. 2 ibídem, con énfasis y prioridad en la libre competencia y en la protección de los derechos de los usuarios⁴⁹.

De estas normas se infiere la prevalencia otorgada por el nuevo estatuto al principio de protección de los derechos de los usuarios, en forma simultánea con la libre competencia.

En forma adicional, el art. 22 de la ley que establece las funciones de la CRC, le asigna, en primer lugar, la de “establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar de los usuarios”, sin hacer distinción o exclusión de ningún tipo de usuario de TIC o de telecomunicaciones.

Finalmente, el art. 53 de la ley establece el régimen jurídico de protección al usuario de los servicios de comunicaciones y sus derechos mínimos. Esta norma ha sido desarrollada por la CRC, entre otras, en las Resoluciones 5050 de 2016 y 5111 de 2016.

como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Hábeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones.

5. Promoción de la Inversión. Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tendrán igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro y contribuirán al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

6. Neutralidad Tecnológica. El Estado garantizará la libre adopción de tecnologías, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y garantizar la libre y leal competencia, y que su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible.

7. El derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC. En desarrollo de los artículos 20 y 67 de la Constitución Nacional el Estado propiciará a todo colombiano el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas, que permitan el ejercicio pleno de los siguientes derechos: La libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. Adicionalmente el Estado establecerá programas para que la población de los estratos desarrollará programas para que la población de los estratos menos favorecidos y la población rural tengan acceso y uso a las plataformas de comunicación, en especial de Internet y contenidos informáticos y de educación integral.

8. Masificación del Gobierno en Línea. Con el fin de lograr la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos, las entidades públicas deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el máximo aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el desarrollo de sus funciones. El Gobierno Nacional fijará los mecanismos y condiciones para garantizar el desarrollo de este principio. Y en la reglamentación correspondiente establecerá los plazos, términos y prescripciones, no solamente para la instalación de las infraestructuras indicadas y necesarias, sino también para mantener actualizadas y con la información completa los medios y los instrumentos tecnológicos.

Subraya la Sala

⁴⁹ Artículo 7°. Criterios de interpretación de la ley. Esta ley se interpretará en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, con énfasis en la promoción y garantía de libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios.

Por consiguiente, la nueva ley tiene como uno de sus objetos fundamentales, la protección de los usuarios, y de contera la protección del interés general, dentro de un modelo de gestión de competencia de las TIC y de los servicios de telecomunicaciones.

Esta protección de los derechos de los usuarios no es solo obligación del Estado. Le corresponde a los PRST, para los servicios de telecomunicaciones, y a los PCA, para los servicios de TIC, garantizar los derechos de los usuarios, de conformidad con el régimen establecido en la Ley 1341 de 2009 y, en lo no regulado en esta y en sus disposiciones reglamentarias, en el Estatuto de protección del consumidor⁵⁰.

- La habilitación general para prestar los servicios públicos de telecomunicaciones

Es importante observar que la Ley 1341 de 2009 atribuye al Estado la titularidad de los servicios de telecomunicaciones, y al mismo tiempo establece una habilitación general para la prestación de estos servicios. Así las cosas, la doctrina no ha sido pacífica sobre una eventual contradicción en el contenido de la norma y en su alcance⁵¹.

De este contexto, es importante mencionar que en la legislación europea los servicios de telecomunicaciones (denominados servicios de comunicaciones electrónicas), no son calificados como servicio público. En su lugar, se utiliza el calificativo de servicio de interés general y económico, en la medida en que influyen en la misión de satisfacer el interés general que está a cargo de los Estados.

Aunque el modelo de mercado de la Unión Europea se erige fundamentalmente sobre un régimen de competencia para los servicios de telecomunicaciones, no desaparece la intervención del Estado para preservar el interés general, ya no bajo la calificación de servicio público de la actividad, sino bajo la denominación de

⁵⁰ Ley 1480 de 2011.

⁵¹ En este sentido, ALBERTO MONTAÑA PLATA. "Tecnologías de la información y las comunicaciones y servicios públicos. Fundamentación de la intervención del Estado en el sector", en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la información y las comunicaciones –TIC–*, EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 190 y ss. El autor se refiere a la calificación especial dada por la Ley 1341 de 2009 a los servicios de telecomunicaciones, y señala que esta pareciera antagónica, toda vez que: por una parte, establece que existe una habilitación general para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, razón por la cual cualquiera puede prestar estos servicios sin necesidad de obtener un título habilitante por parte del Estado, y por otra, establece la titularidad del Estado sobre estos servicios, disposición esta última que en virtud de la habilitación general no parecería tener un contenido o efecto útil. Para el autor, esta supuesta contradicción se explicaría *"en el sentido que los servicios públicos de telecomunicaciones, con la comprensión de la Ley 1341 de 2009, son de titularidad del Estado que los presta de manera indirecta, en virtud de una habilitación general de la que se desprende la posibilidad de su prestación por sujetos públicos, privados o mixtos; es la ley entonces el título habilitante que se presupone debe existir en un modelo de servicios públicos de telecomunicaciones de titularidad estatal"*. Por su parte, TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO. "Reflexiones sobre el nuevo marco normativo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en Colombia". En AA.VV. *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la información y las comunicaciones*, cit. pp. 28 a 30, menciona la enorme labilidad del concepto de servicio público que, al parecer, surge de la Constitución de 1991 para comprender cosas que antes se consideraban no propias del mismo. Así mismo, la reflexión que supone declarar la actividad de servicio público, que en apariencia quedaría desmentida por el reconocimiento de la habilitación general, solo si se parte del supuesto de que el Estado tiene la facultad de la gestión directa o de otorgarlo mediante concesión.

servicios de interés general y económico, mediante la imposición de obligaciones de servicio público.

De esta forma, se precisa el concepto de servicio público, para materializarlo en obligaciones de servicio público.

- Pago de una contraprestación por la explotación de los servicios de telecomunicaciones

Los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009 consagran la obligación de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (PRST) de pagar una contraprestación periódica a favor del FONTIC por la explotación del servicio, cuantificado por vía de reglamento:

*“Artículo 10. **Habilitación general.** A partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.”⁵²*

*“Artículo 36. **Contraprestación periódica a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.** Reglamentado por el Decreto Nacional 542 de 2014. Todos los proveedores de redes y servicios de Telecomunicaciones pagarán la contraprestación periódica estipulada en el artículo 10 de la presente ley al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en igualdad de condiciones para el cumplimiento de sus fines.*

El valor de la contraprestación a cargo de los proveedores, se fijará como un mismo porcentaje sobre sus ingresos brutos por concepto de la provisión de sus redes y servicios, excluyendo terminales.

Parágrafo. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará lo pertinente, previa la realización de un estudio, en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley.”

La obligación está prevista para los PRST por la explotación de los servicios de telecomunicaciones.

- La Ley no diferenció los servicios vinculados a las TIC en general y los servicios de telecomunicaciones, aunque les estableció un régimen jurídico distinto:

Es importante resaltar que Ley de 1341 de 2009 no incorporó un listado de tipos legislativos de servicios de TIC diferentes a los servicios de telecomunicaciones, ni de los servicios de telecomunicaciones expresamente regulados por la normativa.

En relación con las TIC en general, la ley se limitó a introducir un conjunto de principios, fines y reglas aplicables; a establecer una definición de las TIC, y

⁵² Puede verse: Resolución 290 del 6 de marzo de 2010, art. 2, en la cual se establece como contraprestación un monto de 2.2% sobre los ingresos brutos causados por la provisión de redes y/o servicios de telecomunicaciones.

una enunciación de los servicios y de las industrias que hacen parte de este sector, en los que sin duda alguna incorporó el concepto de telecomunicaciones. Sin embargo, la ley guardó silencio sobre cuáles son los servicios de TIC, diferentes de los servicios de telecomunicaciones.

Por su parte, a pesar de que la ley reglamentó de manera específica los servicios de telecomunicaciones, no estableció una clasificación expresa de los servicios a los cuales se debe aplicar dicho régimen.

Esta circunstancia resulta relevante teniendo en cuenta que, como ya se mencionó, los servicios de telecomunicaciones quedaron sometidos a unas normas especiales de intervención estatal, entre ellas, el pago de una contraprestación periódica por parte de los PRST a favor del Estado, por los ingresos brutos recibidos en la prestación de estos servicios, mientras que los servicios de TIC que no sean telecomunicaciones, no se encuentran sometidos, entre otras, a esta obligación.

Frente a este panorama, resulta importante analizar, en primer lugar, si la Ley 1341 de 2009 derogó o no la clasificación de servicios de telecomunicaciones consagrada en el régimen del Decreto Ley 1900 de 1990 y, en segundo lugar, aclarar cuál es el régimen de los servicios de telecomunicaciones establecidos en la Ley 1341 de 1991, que no son aplicables a los otros bienes y servicios vinculados a las TIC.

- La Ley de TIC no derogó de manera expresa la clasificación de los servicios de telecomunicaciones del Decreto 1900 de 1990

El artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, dentro de su artículo de derogatoria, aludió expresamente al Decreto 1900 de 1990 y lo derogó en todo aquello que no resultara contrario a la nueva normatividad.

En este orden de ideas, al no existir norma expresa que derogue o se oponga a la clasificación de los servicios de telecomunicaciones, la Sala encuentra que, como regla general, su clasificación y definición tiene vigencia en el marco de la Ley de TIC.

No hay disposición en la nueva ley que pueda señalarse como contraria a la clasificación de servicios del Decreto 1900 de 1990, influenciada por las recomendaciones de la UIT, ni de su interpretación puede inferirse tal derogatoria, pues se reitera, no hay fundamento para afirmarlo. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones posteriores que realizará la Sala sobre algunas actividades clasificadas como servicios de valor agregado en el Estatuto anterior.

Si bien la clasificación de los servicios de telecomunicaciones mantiene su vigencia, sería necesario determinar si bajo las normas de la nueva ley o de sus habilitaciones a autoridades administrativas (MINTIC y CRC) para establecer las definiciones, pudieron quedar sustituidas o modificadas parcialmente algunos de sus contenidos frente a las nuevas categorías de bienes y actividades vinculadas a las TIC.

En el caso que nos ocupa, el análisis deberá determinar si los servicios que impliquen tratamiento de la información, en sus diferentes modalidades con las demás características previstas en el Decreto 1900 de 1990, pueden seguir considerándose un servicio de telecomunicaciones de valor agregado, o si

corresponden a actividades propias de las TIC, entre ellos, las aplicaciones y contenidos. Así mismo, si estas consideraciones resultan aplicables, en términos generales, respecto de las actividades que incorporan servicios de transacciones financieras y de vigilancia, para dar respuesta en forma específica a la consulta formulada.

Por ahora, basta señalar que esa modificación, sustitución o derogatoria no parece haberse presentado, ni expresa ni tácitamente, con la Ley 1341 de 2009⁵³.

- El régimen especial de los servicios de telecomunicaciones en la Ley de TIC.

La Ley 1341 de 2009 consagró un régimen especial y diferente para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que no es aplicable a los servicios vinculados con las TIC, con las siguientes características:

- i) No estableció una clasificación legal expresa de los servicios de telecomunicaciones, aunque eliminó el título de concesión para cada servicio y el pago de diferentes contraprestaciones para cada uno de ellos. Lo anterior, de manera análoga al régimen establecido en las Directivas de la Unión Europea⁵⁴.

Las razones que al parecer justificaron que no se regulara expresamente una clasificación de servicios (sometidos a concesiones distintas para su prestación en el régimen anterior), obedeció a las grandes dificultades para diferenciar, desde el punto de vista de su definición técnica legal, unos servicios de otros, y las grandes controversias suscitadas entre los operadores ante las autoridades administrativas y judiciales, por considerar que algunos de ellos prestaban servicios que no correspondían a su título de concesión⁵⁵.

Por estas razones, el legislador consagró una habilitación general para prestar servicios de telecomunicaciones (Art. 10), y el pago de una contraprestación periódica a favor del Fondo de las TIC, por los ingresos

⁵³ La vigencia de la clasificación de los distintos servicios de telecomunicaciones no es óbice para reiterar la existencia de importantes transformaciones en el entorno tecnológico, que afectan el régimen actual de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y la necesidad de adecuar la regulación actual al entorno digital. La regulación debe orientarse a una regulación simétrica entre los PRST y los nuevos actores en la cadena de valor de la economía digital y de la economía colaborativa. Además, las telecomunicaciones actuales transforman la información transmitida en datos, con la posible utilización de las capas superiores del modelo OSI, haciendo más difícil cualquier diferenciación. Lo anterior, supone una reflexión sobre si en el modelo de gestión próximo deben mantenerse regímenes jurídicos tan distintos para servicios vinculados a las TIC y para las telecomunicaciones.

⁵⁴ Directivas 19, 20 y 21 de 2002 del Parlamento europeo y del Consejo, sobre redes y servicios de comunicaciones electrónicas y recursos asociados.

⁵⁵ Estas controversias jurídicas, generalmente se presentaban para los servicios de telecomunicaciones de mayor importancia y de mayores ingresos, como los servicios de TPBCLD y servicios móviles, teniendo en cuenta, además, las grandes sumas de dinero que pagaban los operadores para obtener el título de concesión. Por otro lado, los servicios nuevos, como los de valor agregado, pagaban un valor sustancialmente inferior para obtener el correspondiente título. Al converger los elementos técnicos de la definición de los distintos servicios de telecomunicaciones, se presentaban las denuncias y demandas de los operadores de TPBCL y servicios móviles, en especial contra los operadores de valor agregado, o de servicios similares (trunking) por considerar que estaban prestando servicios que no correspondían a su título habilitante de concesión.

brutos recibidos por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (Art. 10 y 36)⁵⁶.

ii) No introdujo una definición de telecomunicaciones. En su lugar, el legislador asignó al MINTIC y a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (en adelante CRC), la tarea de definir el glosario del sector de las TIC (incluidas las telecomunicaciones), en armonía con los conceptos técnicos de la UIT y de otros organismos internacionales con los cuales Colombia ha firmado protocolos en estas materias (art. 6)⁵⁷.

iii) Calificó la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones como un servicio público bajo la titularidad del Estado (Art 10)⁵⁸.

Se trata de una diferencia sustancial desde el ámbito jurídico entre el régimen de telecomunicaciones y el de los demás servicios y bienes vinculados a las TIC.

En efecto, el fundamento constitucional de la intervención del Estado, con su mayor grado de intensidad, en la actividad económica que prestan los operadores de servicios de telecomunicaciones corresponde al régimen previsto en los artículos 365 y ss. de la Carta Política, con el fin de garantizar la finalidad social a cargo del Estado, que permita su prestación a todos los habitantes, del territorio nacional, con precios asequibles y con una calidad mínima determinada⁵⁹.

Así mismo, le corresponde al Estado asegurar los atributos propios del servicio público, como continuidad, regularidad y obligaciones de calidad y cobertura, para lo cual tiene facultades para intervenir las tarifas y las condiciones del mercado con el fin de garantizar la competencia, en los términos que establezca la ley⁶⁰.

Por otra parte, la norma constitucional consagra el nuevo rol del Estado regulador, en sustitución del Estado gestor. En consecuencia, le corresponde al Estado mantener la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos y garantizar su finalidad social. Sin embargo, el carácter preponderante que debe asumir el Estado como regulador, no excluye que,

⁵⁶ Los art. 10 y 36 fueron reglamentados por el Decreto 3501 de 2011.

⁵⁷ El inciso 2° del artículo 6° de la Ley 1341 de 2009 señala que: "*El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones junto con la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC, deben expedir el glosario de definiciones acordes con los postulados de la UIT y otros organismos internacionales con los cuales sea Colombia firmante de protocolos referidos a estas materias*". Estas definiciones fueron consagradas en la Resolución 202 de 2010 del MINTIC.

⁵⁸ Lo anterior, independiente de la discusión jurídica que pueda presentarse sobre el contenido de una norma que establece la titularidad del Estado sobre un servicio y al mismo tiempo consagra una habilitación general para su prestación. Cfr. De la Quadra-Salcedo Fernández, Tomás. *Reflexiones sobre el nuevo marco normativo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en Colombia*. En *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC (Ley 1341 de 2009)*. Director Edgar González López. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010. p. 28 -30 y Montaña Plata, Alberto. *Tecnologías de la información y las comunicaciones y servicios públicos. Fundamentación de la intervención del Estado en el sector*. Cit. pp. 191 y 192.

⁵⁹ Características propias del servicio universal.

⁶⁰ Estas características de intervención del Estado en servicios públicos no son aplicables a las actividades vinculadas al régimen general de TIC, las cuales corresponden a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 1341 de 2009.

por vía excepcional, pueda prestar los servicios públicos, de conformidad con el régimen jurídico que fije la ley.

iv) Estableció la obligación de todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de inscribirse en el Registro de TIC, aunque realmente es aplicable a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y a los titulares de permisos para el uso de recursos escasos (Art. 15).

v) Consagró la posibilidad de que la CRC regule las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones⁶¹, para cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla de mercado o la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos. Lo anterior, mediante el cumplimiento de los procedimientos establecidos por la citada ley (Art. 23).

vi). Para los servicios de telecomunicaciones señaló una serie de funciones y habilitaciones en favor de la CRC, entre ellas, la promoción y regulación de la libre competencia en estos servicios; la reglamentación de la interconexión de redes y acceso entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones y sus instalaciones esenciales; la resolución de controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los PRST, facultad que no puede ser limitada o afectada por acuerdos entre estos proveedores (Art. 22, numerales 2, 3 y 9 respectivamente)⁶², y la facultad de expedir un régimen de protección de los usuarios de telecomunicaciones (Art. 53).

vii). Incorporó un régimen jurídico mínimo de protección al usuario exclusivamente en lo que se refiere a servicios de comunicaciones (Arts. 53 – 54).

viii). Reguló el uso del espectro radioeléctrico (ERE), por los PRST, como regla general, mediante mecanismos de selección objetiva⁶³, el plazo y renovación de los permisos para su uso, la contraprestación económica por su utilización y las inhabilidades para acceder a estos permisos (Art. 11-14).

En relación con lo expuesto, se pueden extraer algunas consideraciones relacionadas con la consulta formulada a la Sala:

- En primer lugar, aunque la Ley 1341 de 2009 reguló en términos generales a las TIC, realmente incorporó dos modelos regulatorios distintos:
 - a. De un lado, un conjunto de principios dirigidos a promover y garantizar el desarrollo y acceso a los bienes o recursos de las TIC y a los servicios de TIC en general (art. 2), gobernados por un régimen de libre competencia y una intervención del Estado para lograr los fines de la ley (art. 4). En consecuencia, se trata de actividades económicas de libre competencia, en las cuales la intervención de Estado debe analizarse a la luz de los arts. 333⁶⁴ y 334⁶⁵ de la Carta.

⁶¹ En forma contraria a la técnica jurídica, el art. 23 de la Ley 1341 de 2009 hace alusión a la regulación de precios y no a la de tarifas en los servicios públicos de telecomunicaciones.

⁶² Esta facultad fue declarada exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-186/11.

⁶³ Varias de las excepciones que permitían otorgar el permiso en forma directa para el uso del ERE fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional. Ver Sentencia C- 403 de 2010.

⁶⁴ “**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

b. Del otro lado, un régimen de servicio público de telecomunicaciones con sus finalidades sociales, que sustentan y justifican una intervención del Estado en los términos de los artículos arts. 365 y 370 C.P.

- En segundo lugar, la tipificación de una actividad realizada por un prestador de servicios o actividades (bienes y servicios) vinculadas a las TIC, no a las telecomunicaciones, y la realizada por un prestador de servicios de telecomunicaciones, no solo comprende una diferenciación en cuanto al pago de la contraprestación periódica por la prestación del servicio de telecomunicaciones, sino la aplicación de un régimen sustancialmente distinto para una y otra categoría, en especial, por la calificación de los servicios de telecomunicaciones como servicios públicos y sus respectivas consecuencias jurídicas.
- Finalmente, en el marco legal vigente no existe norma expresa que permita esclarecer cuáles son los servicios de TIC, diferentes a los servicios de telecomunicaciones y, en especial, en qué consisten las aplicaciones, incorporadas en los elementos del concepto legal de TIC y de las industrias del sector.

B. Desarrollos reglamentarios.

Decreto 4948 de 2009. La definición de Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST), su habilitación general y la obligación de Registro TIC.

Este decreto reglamenta la definición de Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) y el Registro TIC; su habilitación general y la obligación de registro ante el MINTIC.

El artículo 3 define al proveedor de redes y/o de servicios de telecomunicaciones (PRST), como “la persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la

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”.

⁶⁵ **“Artículo 334.** *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

(...)”

provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros”. Asimismo, el art. 5 establece la obligación de registro de todas las personas jurídicas que vayan a proveer redes y/o servicios de telecomunicaciones, así como las personas naturales o jurídicas titulares de permisos para el uso de recursos escasos. (El subrayado es de la Sala).

Como se observa, la obligación de registro TIC, en los términos de ley, se predica en forma principal de los PRST, en cuanto a la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

i) Decretos 542 de 2014 y 1078 de 2015: Régimen de la contraprestación periódica de los servicios PRST

Mediante Decreto 542 de 2014, compilado por el Decreto Único Reglamentario del sector TIC No 1078 de 2015, el Gobierno reglamentó los *“elementos que configuran la contraprestación periódica que deben pagar los proveedores de redes y de servicios de telecomunicaciones”*.

Lo anterior, bajo la consideración de que *era “necesario desarrollar su contenido y alcance, con el fin de asegurar la adecuada aplicación de las normas sobre liquidación y pago de dicha contraprestación”*.

De esta normatividad es importante destacar lo siguiente:

- Hechos que generan la contraprestación periódica

Por tratarse de un tema de relevancia para la consulta planteada, se transcribe el texto de la norma:

“Artículo 2°. Hechos que generan la contraprestación periódica. “La contraprestación periódica de que tratan los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009 se causa por la provisión de redes de telecomunicaciones, la provisión de servicios de telecomunicaciones o la provisión de unas y otros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior”

(El subrayado es de la Sala)

- Definición de la provisión de servicios de telecomunicaciones en el reglamento

Más adelante la misma norma agrega:

“(…)

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 (…)

(El subrayado y las negrillas son de la Sala)

- Contenido y obligaciones del responsable de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones.

El artículo 3 del reglamento consagra que el PRST se obliga ante los usuarios por la provisión de las redes y/o de los servicios de telecomunicaciones. Por tal razón, asume a su nombre y por cuenta propia la responsabilidad sobre dichas provisiones, independiente que los servicios o las redes sean propias o de terceros, en forma concordante con el artículo 2.

Lo anterior, en los siguientes términos:

“Artículo 3°. Responsable de la provisión de las redes y de servicios de telecomunicaciones y de la contraprestación periódica. El proveedor de redes de telecomunicaciones y de servicios de telecomunicaciones se obliga ante sus usuarios a la provisión de las redes, a la prestación de los servicios o a las dos, y como tal asume a nombre y por cuenta propia la responsabilidad sobre la provisión de las redes y de los servicios de telecomunicación que suministra a terceros, así los servicios o las redes sean de (sic) propias o de terceros.

(...)”.

(El subrayado y las negrillas son de la Sala)

El contenido del Decreto 542 de 2014 amerita las siguientes observaciones:

1. El concepto de PRST tiene íntima correspondencia con la determinación de si el operador tiene la responsabilidad por la provisión de la red o del servicio de telecomunicaciones tanto frente al usuario, como por las obligaciones derivadas de prestar un servicio público, entre otras, el pago de la contraprestación periódica a que se refiere la consulta.
2. Esta responsabilidad por la prestación del servicio de telecomunicaciones no se diluye ni desaparece por el hecho de que las redes utilizadas no sean del prestador del servicio, sino de un tercero.

Esto sucede porque el régimen jurídico permite que un prestador del servicio de telecomunicaciones cuente con red propia o pueda requerir de otro operador el suministro de la capacidad de red, es decir, que le brinde la capacidad de transporte para prestar su propio servicio de telecomunicaciones. En este caso, se trataría de dos servicios distintos de telecomunicaciones, con diversos PRST, cada uno respondiendo por su propio servicio.

Estos conceptos resultan importantes a propósito de la consulta formulada, en el sentido de aclarar que el solo hecho de que un operador contrate con un tercero un servicio de capacidad de red (portador) para transportar su información y con ella prestar su propio servicio de telecomunicaciones, no permite afirmar que exista un solo servicio de telecomunicaciones.

Por lo tanto, el transporte de la señal o de los datos por el proveedor de los servicios de red (portador) no desvirtúa que puedan existir dos servicios de telecomunicaciones distintos, con las correspondientes

obligaciones económicas de pago de la contraprestación consagrada en la ley.

De lo contrario, habría que concluir que el único servicio de telecomunicaciones correspondería al servicio portador. Sin embargo, esta apreciación no resulta conforme con el ordenamiento jurídico vigente⁶⁶.

3. De conformidad con la norma reglamentaria, la responsabilidad por la provisión de la red y el servicio de telecomunicaciones que se suministra a terceros, no desaparece porque los servicios sean propios o de terceros.

Según lo expuesto en el numeral anterior, es claro que la responsabilidad por la prestación de un servicio de telecomunicaciones y, por ende, la calidad de PRST, no desaparece porque las redes utilizadas sean de propiedad de un tercero.

De la misma forma, el proveedor del servicio puede suministrar la telecomunicación con servicios de terceros. Lo importante, para efectos de la norma, es la responsabilidad que asume por su prestación.

En este caso, para efectos de la consulta, la norma expresamente determina el elemento esencial para delimitar la calidad de PRST, esto es, el hecho de que asume a nombre y por cuenta propia la responsabilidad por la provisión del servicio.

Así se desprende del contenido de la norma analizada:

“(…) *asume a nombre y por cuenta propia, la responsabilidad sobre la provisión de las redes y de los servicios de telecomunicación (sic) que suministra a terceros, así los servicios o las redes sean de (sic) propias o de terceros*”.

(El subrayado es de la Sala)

4. De acuerdo con la norma analizada, es evidente que los prestadores de los servicios de telefonía pública básica conmutada, de servicios móviles o de acceso a internet son proveedores de servicios de telecomunicaciones, pues se trata de sujetos que no solo realizan la efectiva gestión del servicio de transmisión de la información, sino que también responden frente a sus usuarios por las acciones u omisiones que se surtan en la prestación y por las obligaciones propias de la prestación de un servicio público.

ii) Resolución 202 de 2010 del MINTIC: glosario de definiciones en las TIC

⁶⁶ Como se ha mencionado, los servicios de telefonía en sus diferentes modalidades, por excepción, tipifican el servicio por la señal transmitida (voz), y aun el servicio de acceso a internet prestado por un ISP, pueden requerir la contratación del servicio portador con otro proveedor. Dicha circunstancia no desnaturaliza la existencia del servicio de telefonía, o de acceso a internet, ni tampoco del servicio portador, como servicios distintos.

En cumplimiento del mandato introducido por el art. 6 de la Ley 1341 de 2009⁶⁷, el MINTIC expidió la Resolución 202 de 2010, por medio de la cual consagró el glosario de definiciones del sector de las TIC.

En efecto, el art. 1 aclara que estas definiciones deben utilizarse “para efectos de la interpretación de las normas del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” y que se encuentran acordes con los postulados de la UIT⁶⁸:

- **Definición de aplicaciones, contenidos y de los proveedores de aplicaciones y contenidos:**

“Artículo 1:

*(...) **Aplicaciones:** Conjunto estructurado de actividades realizadas para responder a las necesidades de los usuarios en una situación determinada, con fines de tipo empresarial, educativo, comunicaciones personales o entretenimiento, entre otras. Una aplicación supone la utilización de soportes lógicos y físicos y puede efectuarse de forma parcial o totalmente automática y el acceso puede ser local o remoto. En este último caso, se necesitan servicios de telecomunicación”.*

***“Contenido:** Información generada bajo cualquier modo o forma de expresión, que puede ser distribuida por cualquier medio y es parte de un mensaje que el sistema de transferencia o medio no examina ni modifica, salvo para conversión durante el transporte del mismo”.*

*(...) **“Proveedor de Aplicaciones:** Es la persona natural o jurídica que proporciona o suministra servicios de aplicación”.*

***“Proveedor de contenido:** Es la persona natural o jurídica que genera contenido”.*

***“Telecomunicación:** Toda emisión, transmisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radiofrecuencia, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.*

***Red de telecomunicaciones:** Conjunto de nodos y enlaces alámbricos, radioeléctricos, ópticos u otros sistemas electromagnéticos, incluidos todos sus componentes físicos y lógicos necesarios, que proveen conexiones entre dos (2) o más puntos, fijos o móviles, terrestres o espaciales, para cursar telecomunicaciones. Para su conexión a la red, los terminales deberán ser homologados y no forman parte de la misma.*

***Servicios de telecomunicaciones:** Servicios ofrecidos por los proveedores de redes y servicios para satisfacer una necesidad específica de telecomunicaciones de los usuarios. **“Proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones:** Persona jurídica responsable de la operación de*

⁶⁷ El art. 6 de la Ley 1341 de 2009, contiene una habilitación en favor del MINTIC y de la CRC para que expidan el glosario de definiciones acordes con los postulados de la UIT y otros organismos internacionales con los cuales sea Colombia firmante de protocolos referidos a estas materias.

⁶⁸ La Resolución 202 de 2010 cita en forma impropia, entre sus fundamentos, el art. 189 no 1 de la Constitución Política, que corresponde a las facultades constitucionales del Presidente de la República para ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros.
En consecuencia todos aquellos proveedores habilitados bajo regímenes legales previos se consideran cobijados por la presente definición”.

(El subrayado y las negrillas son de la Sala)

De las anteriores definiciones se pueden extraer las siguientes consideraciones:

1. La resolución confunde las aplicaciones como un bien, con el servicio de aplicaciones, cuando define la primera como un conjunto de actividades realizadas para responder a las necesidades de los usuarios, en los términos allí descritos.

Para efectos de resolver la consulta, es necesario precisar el contenido conceptual del servicio de aplicaciones y los eventuales elementos de diferenciación en relación con los servicios de telecomunicaciones.

2. La resolución pretende establecer definiciones distintas para los conceptos de aplicaciones y contenidos, frente a los conceptos de red de telecomunicaciones, servicios de telecomunicaciones y la telecomunicación.

El simple hecho que la resolución contenga una enunciación de conceptos distintos (aplicaciones y telecomunicación) parece permitir su diferenciación. Asimismo, la existencia de un régimen jurídico general de TIC⁶⁹ aplicable al primero y, un régimen jurídico de telecomunicaciones aplicable al segundo, podría conllevar a dilucidar los interrogantes de la consulta.

Sin embargo, la Sala no encuentra en esta norma los contenidos conceptuales necesarios y esperados para aclarar el tema.

En efecto el análisis de la definición de aplicaciones conduce a señalar la falta de claridad del concepto para poderlas diferenciar jurídicamente de los bienes y servicios de telecomunicaciones:

- Afirmar que las aplicaciones o, mejor, los servicios de aplicaciones, corresponden a un conjunto de actividades realizadas para responder a necesidades de los usuarios, en una situación determinada, con diferentes fines (empresarial, educativo, comunicaciones personales, entretenimiento, etc.) son conceptos generales y abstractos que pueden aplicarse a múltiples servicios en favor de usuarios, incluidos los servicios de telecomunicaciones.
- Sobre la segunda parte del concepto, cuando señala que una aplicación supone la utilización de soportes lógicos y físicos, se hace referencia al bien (aplicación) y no al servicio de aplicaciones.

⁶⁹ Régimen jurídico de TIC que no incorpora el régimen jurídico especial de telecomunicaciones. Como se mencionó en apartes anteriores, el concepto legal de TIC (art. 6 y 9 de la Ley 1341 de 2009) incorpora el concepto de telecomunicaciones. Sin embargo, la ley contiene un régimen jurídico adicional y especial para las telecomunicaciones que no se aplican a todas las TIC.

- De otra parte, el uso de soportes o componentes físicos y lógicos también se predica de la red de telecomunicaciones, como lo señala la misma definición consagrada en la resolución⁷⁰ y por lo tanto, nada agrega para diferenciar las aplicaciones de las redes de telecomunicaciones.
- Finalmente, el concepto de aplicaciones se refiere a que puede efectuarse de forma parcial o totalmente automática y que el acceso puede ser local o remoto. En este último caso, se necesita de un servicio de telecomunicación⁷¹.

En conclusión, la Sala observa la ausencia de precisión en el contenido conceptual de las “aplicaciones” consagrada en la Resolución 202 de 2010, las cuales impiden contar con los elementos de juicio jurídicos que permitan diferenciar las aplicaciones de las redes y servicios de telecomunicaciones.

Asimismo, las definiciones de la Resolución 202 de 2010 tampoco permiten afirmar que las aplicaciones o los servicios de aplicaciones corresponden a los servicios de valor agregado, regulados en la clasificación de servicios de telecomunicaciones establecida en el Decreto Ley 1900 de 1990.

3. No sucede lo mismo respecto de la definición de contenidos, la cual deja claro que estos hacen referencia a la información generada y es parte de un mensaje.
4. Ninguna de las definiciones consagradas en la Resolución permite aclarar qué tipo de servicio (de TIC o de telecomunicaciones) corresponde a la actividad de procesamiento de la información o al tratamiento de la misma (compilación, procesamiento, almacenamiento y recuperación de la información, entre otros).

Esta afirmación resulta importante para efectos de la consulta, en la medida en que se plantea la denominación de aplicaciones y su uso, con el fin inquirir si por sí misma genera el pago de la contraprestación a la que se refieren los arts. 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009.

En varias de las consideraciones técnicas expuestas en los escritos remitidos a la Sala, se menciona que el procesamiento o tratamiento de la información es propio de las aplicaciones, las cuales se soportan en servicios de telecomunicaciones.

No obstante, la principal conclusión es que esta afirmación no encuentra asidero jurídico, pues la única norma que se refiere al contenido del concepto de aplicación no incorpora estos elementos en la definición, amén de su contenido genérico y confuso.

⁷⁰ Resolución 202 de 2010 del MINTIC.

⁷¹ El hecho de que la aplicación a nivel remoto necesite un servicio de telecomunicaciones o se soporte en él, parece similar a uno de los elementos analizados de la antigua definición de los servicios de valor agregado. Sin embargo, esta última definición incorpora otros elementos (satisface nuevas facilidades específicas de telecomunicaciones a los usuarios) que no se incorporan en la definición de aplicaciones.

5. La resolución mantiene los conceptos legales anteriores de telecomunicación y de red de telecomunicaciones.

En cuanto a la telecomunicación, reitera que es toda emisión, transmisión y recepción de información de cualquier naturaleza, por diferentes medios (radiofrecuencia, hilo, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos).

6. La norma queda en silencio sobre la clasificación de servicios de telecomunicaciones, por lo cual nos remitimos a lo expuesto sobre la misma y la aplicación de los postulados de la UIT y otros organismos internacionales en el régimen jurídico nacional, según el art. 6 de la Ley.

iii) Resolución 3501 de 2011 de la CRC: obligaciones de acceso a la red de telecomunicaciones de los PRST móviles por parte de los proveedores de contenidos y aplicaciones (PCA)

Con posterioridad a la Resolución 202 de 2010, la CRC expidió la Resolución 3501 de 2011, con el fin de determinar las condiciones de acceso a las redes de telecomunicaciones, por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones, en cuanto a mensajes cortos de textos (SMS) y mensajes multimedia (MMS), sobre redes de telecomunicaciones de servicios móviles.

Independiente de la poca aplicación y utilización de estos mensajes suministrados por PCA y la obligación de acceso por PRST móviles, por los avances y uso creciente de otras tecnologías y aplicaciones⁷², lo cierto es que la norma regulatoria trata de diferenciar los servicios de aplicaciones, relevantes para esta consulta, de los servicios de telecomunicaciones. En efecto, la resolución incluye las siguientes:

“Artículo 3 Definiciones:

(...)

3.5. Proveedor de Aplicaciones: Es la persona natural o jurídica que proporciona o suministra servicios de aplicación.

3.6. Proveedor de Contenidos: Es la persona natural o jurídica que genera contenido.

3.7. Proveedores de Contenidos y Aplicaciones (PCA): Agentes 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 o los PRST sobre los cuales prestan sus servicios. Quedan comprendidos bajo esta definición todos aquellos actores que presten sus funciones como productores, generadores o agregadores de contenido.

3.8. Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST): Persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros. En consecuencia, todos aquellos proveedores habilitados bajo regímenes legales previos a la Ley 1341 de 2009 se consideran cobijados por la presente definición”.

(El subrayado es de la Sala)

⁷² En especial, la aplicación “WhatsApp”

Con estas definiciones, la CRC distingue las aplicaciones y contenidos de los servicios de telecomunicaciones, así como trata en forma separada a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y a los proveedores de aplicaciones y contenidos.

Sin embargo, las definiciones no aportan elementos que permitan identificar con claridad qué es una aplicación y cuáles son sus diferencias con los servicios de telecomunicaciones.

En efecto, la definición de proveedor de aplicaciones solo permite deducir que la provisión de las aplicaciones y contenidos se presta, utilizando como soporte un servicio de telecomunicaciones.

Finalmente, por el mismo contenido del objeto regulado, se parte, del supuesto que, quien suministra los mensajes es un proveedor de contenido y aplicaciones, razón por la cual, el operador móvil debe garantizarles el acceso a sus redes para que presten estos servicios.

C) Consideraciones sobre el ordenamiento jurídico vigente

1. La primera gran conclusión es la inexistencia de una norma legal o reglamentaria que permita establecer cuáles son las actividades de TIC (en especial las aplicaciones), y su alcance y contenido, que no corresponden a servicios de telecomunicaciones.

Ni la ley, ni las normas reglamentarias, diferencian los contenidos temáticos o siquiera enunciativos de qué actividades le corresponden al régimen jurídico de las TIC, y cuales corresponden a las telecomunicaciones.

El Decreto 4978 de 2009, que reglamenta la habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y el registro TIC, consonante con la ley, no establece obligaciones para los proveedores de servicios de TIC, en general, sino para los proveedores de servicios de telecomunicaciones, y nada dice sobre las eventuales diferencias entre unos y otros proveedores.

Los Decretos 572 de 2014 y 1078 de 2015, que reglamentan la contraprestación periódica que deben pagar los prestadores de servicios de telecomunicaciones, tampoco establecen las diferencias entre los proveedores de TIC y, si se quiere, proveedores de contenidos y aplicaciones y los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

De esta norma reglamentaria se resalta que el elemento fundamental para determinar si una persona es proveedor de red o servicios de telecomunicaciones, es el hecho de que asuma a nombre y por cuenta propia la responsabilidad por la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, hasta tal punto que dicha responsabilidad no se diluye porque las redes o los servicios sean propios o de terceros.

Sin embargo, del contenido del Decreto no se observan elementos que permitan distinguir los proveedores de servicios de TIC que no sean telecomunicaciones y los proveedores de telecomunicaciones.

De la misma manera la Resolución 202 de 2010 del MINTIC que le correspondía precisar el glosario de definiciones y por ende, las diferencias entre la provisión de contenidos y aplicaciones y los servicios de telecomunicaciones, no cumplió su objetivo por las razones expuestas.

Una situación similar se presentó con las definiciones incorporadas por la Resolución 3501 de 2011 de la CRC. Si bien identifica a los proveedores de aplicaciones y contenidos, como una categoría distinta a los proveedores de telecomunicaciones que le sirven de soporte, lo cierto es que no incorpora las diferencias materiales y jurídicas entre las actividades de unos y otros.

En cuanto a los contenidos entendidos como la información generada, se infiere que la Resolución 202 de 2010 de MINTIC, en forma consonante con la Resolución 3501 de 2011 de la CRC, permite distinguir a estos proveedores de contenidos de los proveedores de telecomunicaciones. Lo anterior, a diferencia de los proveedores de aplicaciones, sobre los cuales se concluye que no existan los supuestos facticos en el ordenamiento jurídico para precisar su contenido y ámbito de aplicación.

2. Este escenario de incertidumbre e indefinición evidencia la apremiante necesidad para que el Gobierno Nacional haga uso de su facultad reglamentaria, con el fin de desarrollar los contenidos de la ley y determinar que bienes y actividades corresponden al régimen general de TIC y cuales al régimen de telecomunicaciones, sin perjuicio de su futura adecuación o probable integración de los dos sectores, en especial, respecto de los nuevos actores en la cadena de valor que prestan servicios sustitutos a los de telecomunicaciones.

Asimismo, esta Sala sugiere desarrollar un glosario de definiciones por parte del MINTIC y/o de la CRC que establezca los contenidos o calidades mínimos enunciativos de los servicios vinculados a las TIC que no corresponden a servicios de telecomunicaciones.

El marco de la ley comprende los lineamientos generales del concepto de TIC, sus principios y sobre la intervención del Estado en este sector, así como el régimen de jurídico de las telecomunicaciones.

3. Ante la inexistencia de un ordenamiento jurídico que establezca en forma clara y completa las actividades y servicios vinculados al régimen jurídico de las TIC, surge la problemática de clasificar las actividades que incorporan servicios distintos de telecomunicaciones (financieros y de vigilancia), y que incorporen servicios de manejo, procesamiento e intercambio de información y si corresponden o no a servicios de telecomunicaciones.

Para absolver esta consulta, la Sala procederá a interpretar las normas vigentes con el fin de dilucidar los interrogantes planteados por la autoridad consultante.

Asimismo, se tendrá en cuenta una revisión de la materia en derecho comparado, en especial, referido a los servicios de la sociedad de la información en la Unión europea y los servicios de información en los Estados Unidos, visto además el Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia, que incorpora una regulación sobre el tema; las recomendaciones emanadas de la UIT, y los distintos actores en el nuevo escenario del mercado único digital y de la economía colaborativa.

III. Régimen jurídico de los servicios de información y de los servicios telecomunicaciones en derecho comparado.

A. Servicios de información y de telecomunicaciones en Estados Unidos.

i) Ley de Comunicaciones de 1934, enmendada mediante Ley de las Telecomunicaciones de 1996⁷³.

Para efectos de la consulta resulta importante reseñar las diferencias que trae la ley de Estados Unidos entre los servicios de información y los de telecomunicaciones.

Sec. 3

47 U.S.C. § 153 (43).

El término "telecomunicaciones" significa la transmisión, entre los puntos especificados por el usuario, de información de su elección, sin que se modifique la forma o el contenido de la información enviada y recibida.

47 U.S.C. § 153 (46).

Por "servicio de telecomunicaciones" se entiende la oferta de telecomunicaciones, por una tarifa, directamente al público o a una clase de usuarios que estén efectivamente disponibles, con independencia de las instalaciones utilizadas.

47 U.S.C. § 153 (20).

El término "servicio de información" significa la oferta de una capacidad para generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar, utilizar o hacer disponible información a través de las telecomunicaciones (...)

(El subrayado es de la Sala)

De estas definiciones se observa que las telecomunicaciones comportan la función de transmitir la información, sin incorporar el procesamiento de la misma. En cambio, los servicios de información comprenden la capacidad de modificar, utilizar o hacer disponible información, para lo cual requerirá del servicio de telecomunicaciones.

ii) Tratado de TLC entre Estados Unidos y Colombia

Este tratado de libre comercio entró en vigencia el 15 de mayo de 2012, con el objetivo de promover el comercio entre los dos países. El Tratado afecta todos los sectores de la economía y la vida productiva nacional, entre ellos las TIC.

Para efectos del dictamen requerido, resulta pertinente resaltar la regulación del TLC sobre los servicios de información y su diferencia con los servicios de telecomunicaciones, la cual mantiene los elementos esenciales de lo previsto en la Ley de Telecomunicaciones de Estados Unidos, con algunas consideraciones adicionales.

- Un primer punto se refiere a las definiciones que consagra el Tratado:

“Artículo 14.7.

(...)

⁷³ Ley aprobada por el Congreso y firmado por el presidente Bill Clinton el 8 de febrero de 1996.

Servicios de información significan (sic) la oferta de una capacidad para generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar, utilizar o hacer disponible información a través de las telecomunicaciones, e incluye la publicidad electrónica, pero no incluye el uso de dicha capacidad para la administración, control u operación de un sistema de telecomunicaciones o la administración de un servicio de telecomunicaciones.

Servicios públicos de telecomunicaciones significa todo servicio de telecomunicaciones que una parte exija, en forma explícita o de hecho, que sea ofrecida al público en general. Dichos servicios pueden incluir, inter alia, teléfono y transmisión de datos que típicamente incorporen información suministrada por el cliente entre dos o más productos sin ningún cambio de extremo a extremo en la forma o contenido de la información del cliente, pero no incluyen servicios de información”.

(...)

Telecomunicaciones significa la transmisión y recepción de señales por un medio electromagnético, incluyendo medios fotónicos.

(El subrayado es de la Sala)

- De conformidad con este texto normativo, los servicios de información, en forma concordante con la legislación americana, consisten en la oferta de una capacidad que modifique o realice un tratamiento de la información en sus diferentes modalidades. Sin embargo, el Tratado agrega que los servicios de información no incluyen la capacidad para la administración, el control u operación de un sistema de telecomunicaciones o la administración de un servicio de telecomunicaciones.

La razón de esta aclaración parece surgir de la necesidad de distinguir los servicios de información de aquellos relacionados con las telecomunicaciones, entre ellos, las actividades propias y necesarias de la capacidad para la administración y para el control y la operación de un sistema de telecomunicaciones o la administración de un servicio de telecomunicaciones⁷⁴.

En este caso, puede haber tratamiento de la información o su disponibilidad, pero no se constituye un servicio de información, pues su realización tiene como objetivo y por ende una relación conexas con la administración, el control y la operación de un sistema propio de las telecomunicaciones o de un servicio de telecomunicaciones.

- Por lo tanto, la diferencia entre los dos servicios debería surgir, en primer lugar, del contenido material de la actividad, y en segundo lugar, y con carácter excepcional, de su destinación o no a actividades inherentes a un sistema o servicio de telecomunicaciones.

De esta manera, estas definiciones del TLC corresponden a una norma aplicable en Colombia, en las relaciones comerciales entre los dos países, para determinar los servicios de información y los servicios de telecomunicaciones.

⁷⁴ En el mismo sentido, puede verse *Declaratory Ruling, Report and order, and order*, 17-166. FCC. (2018), pp. 17-166.

- En cuanto a las telecomunicaciones, el Tratado contiene una definición similar a la consagrada en el régimen colombiano nacional, en cuanto significa la transmisión y recepción de señales por un medio electromagnético.
- Otro aspecto que debe mencionarse corresponde al contenido del artículo 14.6 del tratado y a una anotación a pie de página incorporada al mismo, relativo a las condiciones para el suministro de servicios información.

El artículo 14.6 tiene como objetivo que ninguna parte exija a un proveedor de servicios de información, obligaciones relativas al suministro de esos servicios al público; a la justificación de sus tarifas de acuerdo con sus costos; al registro de las tarifas de estos servicios y al deber de conexión con cualquier cliente particular para el suministro de dichos servicios⁷⁵.

Se trata de una diferencia de fondo respecto de los servicios de telecomunicaciones que incorporan un contenido de utilidad pública⁷⁶. En efecto, como regla general, las tarifas de estos servicios deben estar orientados a costos eficientes, a la obligación registrarlas y además, a la obligación de interconexión o de acceso para los particulares que lo requieran⁷⁷.

Sin embargo, esta diferenciación entre servicios de información y de telecomunicaciones debe ser analizada también en consonancia con la anotación a pie de página incorporada en este artículo 14.6 del TLC:

“Con el fin de aplicar este Artículo, cada parte podrá clasificar en su territorio cuáles servicios son servicios de información”.

En otras palabras, la legislación de cada país podría determinar cuáles servicios son o no servicios de información. En aras de interpretar este texto, es importante reiterar que para el año de suscripción del Tratado, en Colombia no eran aplicables los servicios de información en los términos señalados y, posiblemente, esta situación conllevó a la necesaria salvedad para que cada país pudiera clasificar en su territorio cuáles serían los servicios de información.

De todas maneras, según la información obtenida por la Sala, no se encontró evidencia de que a la fecha, la legislación colombiana haya utilizado esta facultad de clasificar cuáles son servicios de información. Por lo tanto, la regulación vigente para los efectos del Tratado corresponde a la definición de los servicios de información consagrada en el art. 14.7, reseñada con antelación.

En conclusión, por lo menos para las relaciones comerciales de los países vinculados por el Tratado, existe una diferenciación vigente entre los servicios de información y los de telecomunicaciones.

⁷⁵ Se observa la diferencia del contenido y del grado de intervención del Estado entre los servicios de información y los servicios de telecomunicaciones.

⁷⁶ “Publics Utilities”.

⁷⁷ En derecho comparado esas obligaciones son aplicables, generalmente o en forma principal, para el operador con posición significativa en el mercado.

Por ello, los servicios de información aplicables a Colombia en los términos citados corresponden a las actividades de generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar, utilizar o hacer disponible información a través de las telecomunicaciones, consonantes con la definición de TIC de la Ley 1341 de 2009, sin que pueden considerarse un servicio de telecomunicaciones según las definiciones que contiene el texto del Tratado suscrito por los dos países.

De conformidad con lo expuesto, y para efectos del Tratado, una parte de las actividades comprendidas en los servicios de valor agregado consagrados en el Decreto ley 1900 de 1990, como servicios de telecomunicaciones, tendrían consonancia según las normas del Tratado, con el servicio de información y con los servicios de telecomunicaciones⁷⁸.

De esta forma, según el ordenamiento jurídico vigente, autoridades administrativas como el Ministerio o la CRC, dentro de sus facultades habilitadas por ley para expedir un glosario de definiciones en los términos del art. 6 de la Ley 1341 de 2009, podrían establecer cuáles servicios son servicios de información; vinculadas a las TIC lo cual permitiría, en consonancia con los términos del tratado, incorporar elementos jurídicos que permitan diferenciar los servicios de TIC y los servicios de telecomunicaciones.

iii) El régimen jurídico de acceso a internet de banda ancha en los Estados Unidos

La consolidación de internet, y en forma especial del internet de las cosas⁷⁹, ha mostrado un cambio radical en las relaciones de los agentes que participan en el mercado y, por ende, la necesidad en la adecuación de su regulación.

La diversidad de agentes que intervienen y la variedad de los servicios ha dado origen a lo que se conoce como un nuevo ecosistema digital. Esta situación ha derivado en la existencia de graves distorsiones en la aplicación de

⁷⁸ Los servicios de información comprenden el tratamiento de la información, en sus diferentes modalidades (generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar utilizar o hacer disponible información), las cuales coinciden con algunas de las actividades tipificadas en el Decreto ley 1900 de 1990 como servicios de valor agregado. No obstante, la transmisión o recepción de información se sigue considerando un servicio de telecomunicaciones (intercambio de información, en la medida en que comporte acciones de transmitir o recibir).

⁷⁹ Desde un "Internet del Contenido", que correspondía a una base de datos estática de documentos, se ha evolucionado en forma reciente al "Internet de las Personas", donde las redes sociales y el consumo de video tienen un protagonismo indiscutible. En la actualidad, la próxima fase parece corresponder al "Internet de las Cosas". Este internet comprende "*un universo dinámico de humanos, máquinas y aplicaciones conectado en red, denominado Internet de las Cosas*" o loC por sus siglas en español o IoT (*internet of things*) por sus siglas en inglés. Cfr. *D Little Arthurt & TelBroad Telecomunicaciones* – IT. Informe 6. Resumen recomendaciones normativas y regulatorias para promocionar los contenidos y aplicaciones y el internet de las cosas. Documento presentado a la CRC. Bogotá, 2016. Este documento menciona algunas de las definiciones sobre IoT: Entre ellas, la de la UIT, la cual define el internet de las cosas como "una infraestructura global para la sociedad de la información que permite servicios avanzados, mediante la interconexión de las cosas (física y virtual) sobre la base de actuales y en evolución interoperables tecnologías de la información y la comunicación". UIT – T Sector de normalización de las telecomunicaciones. Serie Y: Infraestructura mundial de la información, aspecto del protocolo internet y redes de la próxima generación. Redes de la próxima generación-Marcos y modelos arquitecturales funcionales. "Términos y definiciones para el Internet de las Cosas".

regulaciones asimétricas para servicios que podrían denominarse sustitutos en la medida que ofrecen⁸⁰ prestaciones similares a los usuarios⁸¹.

En otras palabras, conviven en este ecosistema dos regulaciones distintas, la derivada de las telecomunicaciones, y la otra procedente de la revolución que ha generado el mundo de internet⁸².

Esta dualidad normativa genera desequilibrios que afectan el derecho a la competencia y los derechos de los usuarios, en un entorno todavía incierto en la forma de regular los distintos servicios y plataformas, y donde lo único claro parece ser la necesidad de buscar un escenario equilibrado que permita garantizar el derecho de competencia entre los diferentes agentes de la cadena de valor y la urgente y necesaria protección de los derechos los usuarios y de sus datos, en el vertiginoso y reciente desarrollo de la Sociedad de la información⁸³.

En este escenario, en el cual el protagonismo lo tiene el servicio de acceso a internet y sus aplicaciones y contenidos, resulta oportuno mencionar las diferentes posturas regulatorias y jurisprudenciales planteadas en los Estados Unidos, para tipificar el servicio de acceso a internet de banda ancha como servicio de información o como servicio de telecomunicaciones, dada la convergencia de las prestaciones que son ofrecidas por este medio al usuario⁸⁴.

Para el efecto, deben reseñarse las diferentes tesis de la FCC en los Estados Unidos, respecto de los servicios de acceso a internet de banda ancha y algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, con relación a la clasificación de estos servicios de telecomunicaciones.

Para efectos de emitir este dictamen, es pertinente observar:

- i) Las dificultades de la regulación y del ordenamiento jurídico norteamericano en general, para precisar y diferenciar los servicios que implican procesamiento o tratamiento de información, denominados servicios de información, de los servicios de telecomunicaciones propios de la transmisión o recepción de la información. Para el caso específico, el servicio de acceso internet de banda ancha.

⁸⁰ Los avances tecnológicos avanzan más rápido que la regulación.

⁸¹ Un ejemplo de estas distorsiones surgidas desde la aparición de internet y como producto de la convergencia tecnológica y de mercado, corresponde a la aparición al margen de nuevos agentes denominados *Over the Top* (OTT), y soportados en la red de los operadores de infraestructura, aprovechando la conectividad global que ofrece internet. Entre ellos, puede citarse Netflix y, en general, los agentes que desarrollan plataformas para suministrar contenidos. Todos estos servicios no están sometidos a las regulaciones propias de los servicios de telecomunicaciones y audiovisuales, aunque pueden prestar servicios equivalentes. Entre estos servicios sustitutos podrían considerarse los de Skype y WhatsApp.

⁸² Cfr. Pérez Martínez, Jorge y Martín Núñez, José Luis. *Regulación del Ecosistema Digital*. En *“El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*. Director. Edgar González López. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2017, pp 1277-1306.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Como se verá, no es un problema fácil de dilucidar en un marco de desarrollo tecnológico todavía en construcción. El vertiginoso avance de la tecnología determina que a la norma jurídica no le es fácil sistematizar los nuevos adelantos y su ubicación conceptual.

- ii) Tanto en la interpretación jurisprudencial de la Ley de telecomunicaciones, como en los desarrollos regulatorios de la FCC, se observa la importancia otorgada a un elemento esencial en el análisis de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones, esto es la "oferta" al público en general, y los criterios para interpretarla, en especial, la manera como los usuarios perciben la oferta y prestación de los servicios.
- iii) La relevancia de diferenciar los servicios de información y los servicios de telecomunicaciones no es solo referida al criterio material o de contenidos técnicos. Esta distinción tiene un efecto en las obligaciones que adquieren los agentes que prestan tales servicios, como lo señalan las diferentes órdenes de la FCC y las decisiones del Tribunal Supremo.

Así, los servicios de información tienen una mínima regulación, mientras que los servicios de telecomunicaciones están sometidos a una fuerte regulación, especialmente porque corresponden al concepto de *public utilities*, es decir, comportan una utilidad pública para la comunidad, que sustenta una mayor intervención del Estado⁸⁵.

El recorrido histórico de las diferentes órdenes emitidas por la FCC y las correspondientes decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, respecto de la clasificación de los servicios de acceso a internet de banda, puede resumirse así:

a. Decisión de la FCC del 2002: la calificación del servicio de internet de banda ancha como servicio de información.

En el año 2002, la FCC calificó los servicios de acceso a internet de banda ancha por cable como servicios de información y no como servicios de telecomunicaciones.

En la decisión se precisa que, si bien las empresas que suministran el servicio de banda ancha por cable utilizan las "telecomunicaciones" para ofrecer a sus consumidores servicios de Internet, eso no significa que estos se conviertan en servicios de telecomunicaciones, a menos que el servicio de acceso a internet por cable también incluya una "oferta" de telecomunicaciones.

La agencia de regulación sostuvo la necesidad de determinar si la empresa de banda ancha por cable ofrece conjuntamente un servicio de banda ancha y un servicio de telecomunicaciones, y que para ello es necesario remitirse a la naturaleza de las funciones que el operador ofrece al usuario final, la cual, a su vez, debe valorarse de conformidad con la percepción que tenga el usuario del servicio recibido.

En este sentido, el regulador concluyó que los usuarios finales no perciben que el servicio que reciben de la empresa de cable consista en un componente de procesamiento de datos y un componente de transmisión, sino solo el primero y, por lo tanto, solo perciben la prestación de un servicio de acceso a internet de banda ancha⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. Muñoz Machado. Santiago. *Derecho de la Regulación Económica. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la Regulación Económica*, 2.ª ed., Madrid, Iustel, 2006.

⁸⁶ Cfr. *Inquiry Concerning High-Speed Access vs Internet Over Cable and Other Facilities*. 17 FCC Rcd 4798, (2002).

Puede observarse que el criterio acogido por la FCC se refiere a la percepción que tiene el usuario de que se trata de un solo servicio integrado, donde el elemento primordial corresponde al componente de procesamiento de datos. Por ello, concluye, que el servicio de acceso a internet de banda ancha debe calificarse como un servicio de información.

b. Decisión del Tribunal Supremo del 2005: la calificación del servicio de internet de banda ancha como servicio de información.

En el año 2005, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos confirmó la decisión de la FCC, relativa a la calificación de este servicio de acceso a internet de banda ancha como un servicio de información. El Tribunal consideró que el regulador había realizado una interpretación razonable del término “ofrecer” consagrada en la Ley de Comunicaciones de 1934, 47 U.S.C.S. § 151 y ss, como elemento de la definición de los servicios de telecomunicaciones⁸⁷.

De manera específica, el Tribunal estimó que “las empresas de servicios de Internet de banda ancha por cable ofrecen a los consumidores un servicio de información en forma de acceso a Internet y lo hacen "a través de las telecomunicaciones", pero de ello no sigue inexorablemente que también "ofrezcan a los consumidores la transmisión de datos de alta velocidad (telecomunicaciones), que es un insumo utilizado para prestar este servicio"⁸⁸.

Como se infiere, en términos generales, la Corte mantiene el mismo criterio de inescindibilidad o si se quiere, de lo inextricable de la prestación⁸⁹ del servicio⁹⁰.

A juicio del Tribunal, el término “oferta” es ambiguo y puede dar lugar a varias interpretaciones. Por lo tanto, la Corporación concluye que los proveedores de los servicios de acceso a internet “no ofrecen” a sus usuarios un servicio de telecomunicaciones”, pues lo que se ofrece a los usuarios es un producto acabado de acceso a internet y no los componentes del mismo.

Esta sentencia fue objeto de salvamentos de voto en los cuales se sustenta la tesis contraria, en el sentido de que la oferta de estos servicios a los consumidores incorpora dos servicios, el acceso a internet de banda ancha y el servicio de telecomunicaciones.

⁸⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. *Nat'l Cable & Telecomm. Ass'n vs. Brand X Internet Servs* ... 545 U.S. 975, 125 ... Junio 27 de 2005.

⁸⁸ La Corte ilustró su conclusión utilizando la siguiente analogía: “Uno podría decir que un concesionario de automóviles “ofrece” automóviles, pero no “ofrece” los insumos integrados que hacen que la compra del coche sea valiosa, como el motor o el chasis. De hecho, sería extraño describir a un concesionario de automóviles como un agente que “ofrece” a los consumidores los componentes del automóvil además del propio automóvil. Incluso si es lingüísticamente admisible decir que el concesionario de automóviles “ofrece” motores cuando ofrece automóviles, eso solo demuestra que el término “oferta”, aplicada a una transacción comercial es ambiguo, en cuanto a si describe solamente el producto acabado, o los componentes discretos del producto”. Traducción libre. *Ibidem*.

⁸⁹ El término “inextricable” aplicable al servicio ofrecido como un todo, no podría tener una definición exacta en el idioma español. Sin embargo, de su misma expresión parece inferirse su contenido.

⁹⁰ La *Order and Report*. FCC 17-166 de 2018, al referirse a este criterio, señala: “(...) the relevant inquiry is whether ISPs’ broadband Internet access service offerings make available information processing technology inextricably intertwined with transmission. Below we examine both how consumers perceive the offer of broadband Internet access service, as well as the nature of the service actually offered by ISPs, and conclude that ISPs are best understood as offering a service that inextricably intertwines the information processing capabilities described above and transmission”.

El juez Scalia en su famoso salvamento⁹¹, toma como criterio central la percepción que pueda tener el usuario sobre el servicio que se le presta y, en su opinión dicha percepción corresponde a la prestación de los dos servicios.

c. Orden de la FCC del 2015: calificación del servicio de internet de banda ancha como un servicio de telecomunicación

En el año 2015, la FCC expidió la orden 15-24⁹², en la cual reclasificó el servicio de acceso a Internet de banda ancha fijo y móvil como servicios de telecomunicaciones⁹³, sujeto en consecuencia a todas las cargas y límites consagrados para estos servicios de utilidad pública.

La Comisión explicó que los proveedores de banda ancha ofrecen tanto el "servicio de acceso a Internet de banda ancha", que proporciona "la capacidad de transmitir datos desde y hacia los puntos finales de Internet", como aplicaciones, contenidos y servicios que generalmente son servicios de información. Al respecto se cita el correo electrónico y los programas de almacenamiento basados en la nube.

En definitiva, para la Comisión el servicio de acceso a Internet de banda ancha es hoy suficientemente independiente de los servicios de información.

Una de las consecuencias de clasificar estos servicios como de telecomunicaciones, se refiere a la mayor regulación y control por parte de la Agencia, en especial, para garantizar condiciones de no discriminación y neutralidad en el acceso a internet de banda ancha⁹⁴.

d. Posición de la FCC en enero de 2018: el servicio de acceso a internet de banda ancha como servicio de información.

En enero de 2018⁹⁵, la FCC regresó a la tesis que califica el servicio de acceso a internet de banda ancha⁹⁶ como un servicio de información, con el objetivo de

⁹¹ Para sustentar su posición, el Juez Scalia acude a la siguiente analogía contraria a la utilizada en la tesis mayoritaria: *"Si por ejemplo, uno llama a una pizzería y pregunta si ofrecen la entrega a domicilio de la pizza, tanto el sentido común como el "uso" común impedirían que respondieran: "No, aunque le llevamos la pizza a su casa, en realidad no "ofrecemos" el servicio de entrega; la entrega que proporcionamos a nuestros usuarios finales es parte de nuestro servicio pizzeria-pizza-at-home"*. Traducción libre. Subraya la Sala. Salvamento de Voto del Juez Scalia a la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Cit. En este orden de ideas, el juez Scalia señala que cualquier cliente razonable concluiría en ese momento que su interlocutor está loco o siguiendo algunos consejos legales.

⁹² *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*, FCC 15-24 (2015).

⁹³ En esta Orden, la Comisión definió el "servicio de acceso a Internet de banda ancha" como "un servicio minorista de venta al público por cable o radio que proporciona la capacidad para transmitir datos y recibir datos de todos o sustancialmente todos los puntos finales de Internet, incluyendo todas las capacidades que son incidentales y permiten el funcionamiento del servicio de comunicaciones, pero excluyendo el servicio de acceso telefónico a Internet". Traducción libre. *Ibidem*.

⁹⁴ Gran parte del debate y de las consecuencias jurídicas de una u otra clasificación, se refieren a este punto esencial, si el proveedor debe garantizar condiciones de no discriminar y neutralidad en el acceso a internet de banda ancha.

⁹⁵ *Declaratory Ruling, Report and order, and order*, FCC 17-166 (2018).

⁹⁶ En Colombia, el servicio de acceso a internet corresponde sin lugar a dudas a un servicio de telecomunicaciones, así este sirva de instrumento para el desarrollo y servicio de las aplicaciones y de los agentes en la cadena de valor de la economía digital o de la economía colaborativa. No obstante, el análisis realizado por la FCC y por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a

encontrar el mejor enfoque para proteger y promover la apertura y el desarrollo de este servicio.

Resultan ilustrativos los dos enfoques planteados en las decisiones de la FCC, esto es, tanto la tesis mayoritaria que calificó los servicios de acceso a internet como servicios de acceso a la información, como la posición disidente que sostenía mantener estos servicios como servicios de telecomunicaciones.

i) **Consideraciones de la posición mayoritaria para calificar como servicios de información los servicios de acceso a internet de banda ancha del ISP⁹⁷.**

De la decisión de la FCC pueden extraerse algunos criterios que sustentaron esta decisión:

- **La percepción ordinaria del consumidor de la oferta de estos servicios, como servicios que proveen capacidades de procesamiento de información y capacidades de información como un solo servicio.**

Para la FCC, los consumidores perciben la oferta del servicio de acceso a internet de banda ancha, en el entendido que incluye más que la mera transmisión y que los consumidores quieren y pagan por funcionalidades que van más allá de esta transmisión.

Según esta posición, la evidencia confirma que los consumidores valoran altamente las capacidades que los ISP ofrecen para adquirir información de sitios web, utilizar información en la red, recuperar dicha información y, además, procesar tal información⁹⁸.

Es importante recordar que, según la legislación de Estados Unidos, uno de los elementos de la definición de servicios información corresponde a “la oferta” de una capacidad para generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar, utilizar o hacer disponible información a través de las telecomunicaciones⁹⁹.

propósito de este servicio, resultan útiles en el análisis de la consulta realizada a esta Sala, esto es, el alcance y contenido de los servicios de telecomunicaciones y el alcance y contenido de los servicios de información, desde la perspectiva de nuestra regulación, sobre los servicios TIC, y las funciones de procesamiento y tratamiento de la información.

⁹⁷ El proveedor de servicios de Internet (ISP, por sus siglas en inglés, *Internet service provider*).

⁹⁸ “We begin by considering the ordinary customer’s perception of the ISP’s offer of broadband Internet access service. As Brand X explained, “[i]t is common usage to describe what a company ‘offers’ to a consumer as what the consumer perceives to be the integrated finished product.”¹⁵⁹ ISPs generally market and provide information processing capabilities and transmission capability together as a single service.¹⁶⁰ Therefore, it is not surprising that consumers perceive the offer of broadband Internet access service to include more than mere transmission, and that customers want and pay for functionalities that go beyond mere transmission. ¹⁶¹ As Cox explains, “[w]hile consumers also place significant weight on obtaining a reliable and fast Internet connection, they view those attributes as a means of enabling these capabilities to interact with information online, not as ends in and of themselves.”¹⁶² Indeed, record evidence confirms that consumers highly value the capabilities their ISPs offer to acquire information from websites, utilize information on the Internet, retrieve such information, and otherwise process such information”. *Declaratoy Ruling, Report and order, and order*. FCC. 17-166 (2018).

⁹⁹ De la misma forma sucede con los servicios de telecomunicaciones. Como se mencionó en un aparte anterior, un elemento esencial en el concepto de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones corresponde a la “oferta al público en general” y la manera como los usuarios perciben la oferta y prestación de los servicios. *Declaratoy Ruling, Report and order, and order*. FCC. 17-166 (2018).

- **El criterio de la integralidad e inescindibilidad¹⁰⁰ de los distintos servicios ofrecidos por los ISPs: no es posible distinguir servicios de telecomunicaciones de servicios de información, pues corresponden a uno solo al entrelazar capacidades de procesamiento de información con la transmisión.**

En esta decisión se considera que los usuarios finales no esperan recibir o pagan por dos servicios distintos, tanto el servicio de acceso a internet, como un servicio de transmisión diferente¹⁰¹.

Para la FCC, los ISP “ofrecen” un servicio de información único e inexorablemente entrelazado. Por ello, el registro refleja que los procesos de información deben ser combinados con la transmisión, para que el servicio de acceso a internet de banda ancha funcione, y es la combinación de las capacidades de procesamiento de información y las funciones de transmisión lo que un ISP ofrece con el servicio de acceso a internet de banda ancha.

“Por lo tanto, aun asumiendo que un consumidor individual podría percibir una oferta del servicio de acceso a internet de banda ancha de un ISP de forma parecida a un servicio básico de transmisión, las habilidades de procesamiento de información que son realmente ofrecidas como una parte integral del servicio hacen el servicio de acceso a internet de banda ancha un servicio de información tal como está definido en la Ley. Como tal, rechazamos las afirmaciones de quienes consideran que la función primaria de los ISP es simplemente transferir paquetes y no procesar información”¹⁰².

El hecho de que ciertas funcionalidades como DNS¹⁰³ y caching¹⁰⁴ potencialmente puedan ser ofrecidas por distintas entidades a los propios ISP, no desvirtúa la

¹⁰⁰ Una interpretación literal del texto de la FCC correspondería a “inextricable”.

¹⁰¹ “This view also accords with the Commission’s historical understanding that “[e]nd users subscribing to . . . broadband Internet access service expect to receive (and pay for) a finished, functionally integrated service that provides access to the Internet. End users do not expect to receive (or pay for) two distinct services—both Internet access service and a distinct transmission service, for example”. FCC. *Declaratoy Ruling, Report and order, and order*, FCC. 17-166. (2018).

¹⁰² Traducción libre. Texto original: “Separate and distinct from our finding that an ISP “offers” an information service from the consumer’s perspective, we find that as a factual matter, ISPs offer a single, inextricably intertwined information service. The record reflects that information processes must be combined with transmission in order for broadband Internet access service to work,¹⁷³ and it is the combined information processing capabilities and transmission functions that an ISP offers with broadband Internet access service. Thus, even assuming that any individual consumer could perceive an ISP’s offer of broadband Internet Access service as akin to a bare transmission service,¹⁷⁴ the information processing capabilities that are actually offered as an integral part of the service make broadband Internet access service an information service as defined by the Act.¹⁷⁵ As such, we reject commenters’ assertions that the primary function of ISPs is to simply transfer packets and not process information.” *Declaratoy Ruling, Report and order, and order*. FCC. 17-166 (2018).

¹⁰³ Sistema de nombres de dominio (DNS, por sus siglas en inglés, *Domain Name System*).

¹⁰⁴ El caching ha sido definido como: Un proceso por el cual la información se almacena en la memoria o en el servidor, en anticipación a la siguiente solicitud de información. *Newton’s telecom dictionary. The Official Dictionary of Telecommunications, Networking and the internet*. CMP Books. 2001. Pp 114 a 114.

En este sentido, el propósito de la memoria cache ha sido definida como:

“(…) mantener información actual para una rápida recuperación. Esto es hecho de una manera que es transparente para el usuario. El programador no conoce la existencia de la memoria cache, excepto que la velocidad del sistema es mejor en un sistema sin memoria cache. La administración de los datos es realizada de una manera determinada al momento del diseño, en contraste con los

realidad de que existe un servicio de información único e integrado, ni es base para ignorar las capacidades que un proveedor de banda ancha realmente ofrece¹⁰⁵.

Merece destacarse que, bajo este criterio, aunque pueda existir realmente una transmisión propia de la telecomunicación en la prestación de este servicio de acceso a internet de banda ancha, para esta agencia, el componente de telecomunicaciones se encuentra intrínsecamente entrelazado con el procesamiento informático, la provisión de información y las capacidades de interactividad que un servicio de información ofrece. En otras palabras, el componente de transmisión no vuelve el servicio de acceso a internet de banda ancha como un servicio de telecomunicación, lo cual implicaría la reducción drástica de la categoría entera de servicios de información¹⁰⁶.

sistemas virtuales de memoria discutidos abajo”. Traducción libre. *Computer design and architecture*. Ed. Prentice - Hall International Editions. 1990. P. 342.

¹⁰⁵ “The Title II Order erroneously contended that, because functions like DNS and caching potentially could be provided by entities other than the ISP itself, those functions should not be understood as part of a single, integrated information service offered by ISPs.178 However, the fact that some consumers obtain these functionalities from thirdparty alternatives is not a basis for ignoring the capabilities that a broadband provider actually “offers”. *Declaratoy Ruling, Report and order, and order*. FCC. 17-166. (2018).

¹⁰⁶ En efecto, se señala: “Nosotros no estamos de acuerdo con quienes sostienen que los ISP necesariamente ofrecen tanto un servicio de información como un servicio de telecomunicaciones porque el servicio de acceso a internet de banda ancha incluye un componente de transmisión. Al prestar el servicio de acceso a internet de banda ancha, un ISP hace uso de comunicaciones – i.e.- ofrece capacidades de procesamiento de información “via telecomunicaciones”- pero no ofrece al público separadamente telecomunicaciones de forma individualizada. Por definición, todos los servicios de información consiguen sus funciones “via telecomunicaciones” y como tal, el servicio de acceso a internet de banda ancha ha tenido siempre un componente de telecomunicaciones intrínsecamente entrelazado con el procesamiento informático, la provisión de información y las capacidades de interactividad que un servicio de información ofrece. De hecho, los proveedores de servicio, quienes están en mejor posición de entender la participación usada por el servicio de acceso a internet de banda ancha, no parecen oponerse a que el criterio de “via telecomunicaciones” es satisfecho aun cuando se argumenta que ellos no están proveyendo telecomunicaciones a los usuarios finales. Por ejemplo, los ISP típicamente transmiten tráfico entre puntos de agregación en su red y las conexiones de los ISP con otras redes. Si es prestado por el propio ISP o comprada a un tercero, esto sin reparo alguno parece ser una transmisión entre puntos seleccionados por el ISP de tráfico que el ISP ha decidido sea llevado por la conexión de transmisión. Tal inclusión de un componente de transmisión no hace el servicio de acceso a internet de banda ancha un servicio de telecomunicación; si lo fuera, la categoría entera de servicio de información sería reducida drásticamente. Traducción libre. *Ibidem*. Texto original: “We disagree with commenters who assert that ISPs necessarily offer both an information service and a telecommunications service because broadband Internet access service includes a transmission component.185 In providing broadband Internet access service, an ISP makes use of telecommunications—i.e., it provides information-processing capabilities “via telecommunications”—but does not separately offer telecommunications on a stand-alone basis to the public.186 By definition, all information services accomplish their functions “via telecommunications,”187 and as such, broadband Internet access service has always had a telecommunications component intrinsically intertwined with the computer processing, information provision, and computer interactivity capabilities an information service offers.188 Indeed, service providers, who are in the best position to understand the inputs used in broadband Internet access service, do not appear to dispute that the “via telecommunications” criteria is satisfied even if also arguing that they are not providing telecommunications to end-users.189 For example, ISPs typically transmit traffic between aggregation points on their network and the ISPs’ connections with other networks.190 Whether self-provided by the ISP or purchased from a third party, that readily appears to be transmission between or among points selected by the ISP of traffic that the ISP has chosen to have carried by that transmission link.191 Such inclusion of a transmission component does not render broadband Internet access services telecommunications services; if it did, the entire category of information services would be narrowed drastically”. *Ibidem*.

Asimismo, el criterio adoptado por la agencia estima que las definiciones de servicio de telecomunicación y servicios de información son mutuamente excluyentes para clasificar un determinado servicio, dada su inescindibilidad o integralidad¹⁰⁷.

La conclusión de la FCC es clara, en el sentido de que la oferta de servicio de acceso a internet de banda ancha que “siempre y necesariamente” incluya capacidades integradas de servicio de transmisión e información, sería un servicio de información. Así, la agencia afirma:

“En contraste, nuestra aproximación deja un amplio espacio para un importante rango de servicios de telecomunicaciones. Históricamente, la Comisión ha distinguido ofertas de servicios que “siempre y necesariamente combinan” funciones tales como el “procesamiento informático, provisión de información e interactividad informática con transporte de datos, permitiendo a los usuarios finales usar una variedad de aplicaciones tales como el correo electrónico, y el acceso a páginas web y grupos de noticias”, por un lado, de servicios “que transportadores y usuarios finales típicamente usan para propósitos de transmisión básica”, por el otro lado. Por lo tanto, una oferta como la del servicio de acceso a internet de banda ancha que “siempre y necesariamente” incluye capacidades integradas de servicio de transmisión e información sería un servicio de información”¹⁰⁸.

Finalmente, ante la dificultad de diferenciar el tratamiento de la información con la transmisión propia de la telecomunicación, la FCC aborda la dificultad para aplicar este concepto de integralidad e inescindibilidad en los servicios de telefonía estándar.

Cabe recordar que estos servicios de telefonía siempre se han considerado servicios de telecomunicaciones, aunque vengán acompañados de algunos servicios de procesamiento de información, como corresponde a un servicio de información automatizado de correo de voz o a una persona que pueda suministrar información en la comunicación

Como se observa, el criterio expresado por la FCC sobre la integrabilidad e inescindibilidad del servicio de transmisión con la información, para considerarlos un solo servicio de información, no parece concordante al revisar los servicios de telefonía que puedan tener en forma accesoria procesamiento

¹⁰⁷ “The approach we adopt today best implements the Commission’s long-standing view that Congress intended the definitions of “telecommunications service” and “information service” to be mutually exclusive ways to classify a given service.¹⁹⁴ As the Brand X Court found, the term “offering” in the telecommunications service definition “can reasonably be read to mean a ‘stand-alone’ offering of telecommunications.”¹⁹⁵ Where, as in the case of broadband Internet access services, a service involving transmission inextricably intertwines that transmission with information service capabilities—in the form of an integrated information service—there cannot be “a ‘stand-alone’ offering of telecommunications” as required under that interpretation of the telecommunications service definition”. Ibidem.

¹⁰⁸ Traducción libre. Texto original: “In contrast, our approach leaves ample room for a meaningful range of “telecommunications services.” Historically, the Commission has distinguished service offerings that “always and necessarily combine” functions such as “computer processing, information provision, and computer interactivity with data transport, enabling end users to run a variety of applications such as email, and access web pages and newsgroups,” on the one hand, from services “that carriers and end users typically use [] for basic transmission purposes” on the other hand.²⁰⁶ Thus, an offering like broadband Internet access service that “always and necessarily” includes integrated transmission and information service capabilities would be an information service”. Ibidem.

de información, lo cual parece que no desnaturaliza su carácter de servicio de telecomunicaciones.

Para ello, la agencia presenta las siguientes consideraciones:

Rechazamos las afirmaciones de que el análisis adoptado el día de hoy significaría necesariamente que el servicio de telefonía estándar es igualmente un servicio de información. El registro refleja que el servicio de acceso a Internet de banda ancha es categóricamente diferente al servicio telefónico estándar en que aquel es “diseñado con características avanzadas, protocolos y medidas de seguridad de tal manera que pueda integrarse directamente dentro de sistemas electrónicos informáticos y permitir a los usuarios crear, recuperar, modificar y manipular electrónicamente información depositada en servidores alrededor del mundo”... En otras palabras, la naturaleza fundamental del servicio tradicional del servicio telefónico, y el propósito comúnmente entendido para el cual el servicio de teléfono fue diseñado y ofrecido, es ofrecer transmisión básica- un hecho que no se altera por su uso incidental, en ocasiones, para acceder a los servicios de información. Por el contrario, la naturaleza fundamental del servicio de acceso a internet de banda ancha, y el propósito comúnmente entendido por el cual fue diseñado este servicio, es permitir a los consumidores generar, adquirir, guardar, transformar, procesar, recuperar, utilizar y hacer disponible la información. Adicionalmente, el servicio de acceso a internet de banda ancha incluye funcionalidades DNS y caching, como también ciertas otras capacidades de procesamiento de información. Por lo tanto, rechazamos las afirmaciones de que, bajo la postura adoptada el día de hoy, cualquier servicio de telefonía sería un servicio de información porque los usuarios de voz puede obtener acceso ya sea a un servicio de información automatizado o a una persona viva que puede darle información¹⁰⁹.

(El subrayado es de la Sala)

- Puede observarse que para resolver este problema, sobre los servicios que involucran la transmisión de información y así mismo, el tratamiento de la información, el órgano regulador toma en cuenta “la naturaleza fundamental” del servicio y “el propósito comúnmente entendido” para el cual ha diseñado el servicio.

Si bien se trata de un criterio, a nuestro juicio, de interpretación que busca atender a la naturaleza principal del servicio que se quiere prestar y de su objetivo o propósito para el cual fue creado

¹⁰⁹ Traducción libre. Texto original: “We reject assertions that the analysis we adopt today would necessarily mean that standard telephone service is likewise an information service.. The record reflects that broadband Internet access service is categorically different from standard telephone service in that it is “designed with advanced features, protocols, and security measures so that it can integrate directly into electronic computer systems and enable users to electronically create, retrieve, modify and otherwise manipulate information stored on servers around the world.” ... In other words, the fundamental nature of traditional telephone service, and the commonly-understood purpose for which traditional telephone service is designed and offered, is to provide basic transmission—a fact not changed by its incidental use, on occasion, to access information services. By contrast, the fundamental nature of broadband Internet access service, and the commonly-understood purpose for which broadband Internet access service is designed and offered, is to enable customers to generate, acquire, store, transform, process, retrieve, utilize, and make available information. In addition, broadband Internet access service includes DNS and caching functionalities, as well as certain other information processing capabilities. As such, we reject assertions that, under the approach we adopt today, any telephone service would be an information service because voice customers can get access to either automated information services or a live person who can provide information”. *Ibidem*.

(relativamente claro para servicios tradicionales como el de telefonía) no resulta fácil determinar su vigencia frente a los nuevos servicios y actividades de aplicaciones, aun en el servicio de acceso a internet.

ii) **Consideraciones de la posición disidente que califica el ofrecimiento de estos servicios de acceso a internet de banda ancha del ISP como servicios separados de telecomunicaciones y de información.**

Esta opinión divergente considera que realmente se anuncian y ofrecen a los consumidores servicios separados, esto es, un servicio de telecomunicaciones que corresponde al servicio de acceso a internet y aplicaciones complementarias, contenidos y servicios, que son generalmente servicios de información¹¹⁰. Los argumentos principales son:

- **El ofrecimiento del servicio de acceso a internet de banda ancha permite diferenciar el servicio de telecomunicaciones de otros servicios y funcionalidades. Ejemplos de estos servicios**

Este servicio es ofrecido por proveedores fijos y móviles y es mayoritariamente percibido como dos cosas o servicios distintos, el acceso a internet de alta velocidad y, por otro lado, otras aplicaciones y funciones. Se trata de ofertas perfectamente separables.

Ahora bien, en cuanto a los servicios de dominio de internet (DNS) y caching, para ser prestados con servicios de acceso a internet de banda ancha, a juicio de esta tesis, no encajan en la clasificación de servicios de información, sino en la excepción prevista por la misma, de administración de sistemas de telecomunicaciones, que no permiten ubicarlos como servicios de información solo por incorporar capacidad para la administración, control y operación de un sistema o de un servicio de telecomunicaciones.

Debe recordarse que en la legislación de Estados Unidos los servicios de información significan la oferta de una capacidad para transmitir información en sus diferentes modalidades, pero expresamente señala que "... no incluye el uso de dicha capacidad para la administración, control u operación de un sistema de telecomunicaciones o la administración de un servicio de telecomunicaciones".

De esta manera, aunque impliquen tratamiento de información, no son servicios de información cuando correspondan, en general, a una actividad propia de la administración de un servicio de telecomunicaciones.

Los apartes pertinentes son:

"Por las razones expuestas arriba, nosotros encontramos que el servicio de acceso a internet de banda ancha, como es ofrecido por proveedores fijos y móviles, es mejor visto, y es de hecho mayoritariamente visto, como una oferta (en palabras del magistrado Scalia, salvamento en Brand X) "consistente de dos cosas separadas": "tanto "acceso a internet de alta velocidad" como "otras

¹¹⁰ "The record in this proceeding leads us to the conclusion that providers today market and offer consumers separate services that are best characterized as (1) a broadband Internet access service that is a telecommunications service; and (2) "add-on" applications, content, and services that are generally information services". *Ibidem*.

aplicaciones y funciones””. Aunque los proveedores de internet en muchas ocasiones prestan el servicio de acceso a internet de banda ancha junto con servicios de información, tales como el correo electrónico y almacenamiento en línea, nosotros encontramos que el acceso del servicio de internet de banda ancha es hoy en día suficientemente independiente de esos servicios de información, que son una “oferta” separada. También encontramos que los servicios de nombre de dominio (DNS) y caching, cuando son prestados con servicios de acceso a internet de banda ancha, encuadran directamente dentro de la excepción de administración de sistemas de la definición de “servicio de información”. Por lo tanto, cuando son ofrecidos con los servicios de acceso a internet de banda ancha, estos servicios integrados no convierten el servicio de acceso a internet de banda ancha en un servicio de información”¹¹¹.

Más adelante, esta posición disidente afirma que no es cierto que el servicio de acceso a internet de banda ancha sea un servicio funcionalmente integrado, por el solo hecho de que ofrezca en conjunto varios servicios. Al respecto, pone como ejemplo, los servicios de almacenamiento en la nube, correo electrónico y protección contra spam.

Para esta posición, estos servicios adicionales no están inexorablemente entrelazados con el servicio de transmisión, sino que son un producto de la decisión de promoción del proveedor de no ofrecerlos separadamente.

Por ende, señala esta tesis que no hay duda que el servicio de transmisión prestado por los proveedores de banda ancha es funcionalmente distinto y puede separarse de la aplicación de internet que ellos ofrecen.

Es dicente y fundamental el comentario que se hace del pronunciamiento de la Corte Suprema, en el sentido de que: “una compañía no puede escapar de la regulación del título II” de un “servicio de telecomunicaciones” “simplemente empaquetando ese servicio con el buzón de voz” o servicio de información similares.

Al respecto señaló:

“El servicio de acceso a internet no está inextricablemente entrelazado con servicios de información adicionales. Algunos consideran que el servicio de acceso a internet de banda ancha debe ser un servicio de información funcionalmente integrado porque es ofrecido en conjunto con servicios de información, tales como servicios de almacenamiento en la nube, correo electrónico, y protección contra spam. Nosotros encontramos que tales servicios no están inexorablemente entrelazados con el servicio de transmisión de banda ancha, sino que son un “producto de la decisión de promoción del proveedor de no ofrecerlos separadamente”. El servicio de

¹¹¹ Traducción libre. Texto original: “...For the reasons discussed above, we find that broadband Internet access service, as offered by both fixed and mobile providers, is best seen, and is in fact most commonly seen, as an offering (in the words of Justice Scalia, dissenting in Brand X) “consisting of two separate things”: “both ‘high-speed access to the Internet’ and other ‘applications and functions.’” ... Although broadband providers in many cases provide broadband Internet access service along with information services, such as email and online storage, we find that broadband Internet Access service is today sufficiently independent of these information services that it is a separate “offering.”⁹⁷¹ We also find that domain name service (DNS)⁹⁷² and caching,⁹⁷³ when provided with broadband Internet access services, fit squarely within the telecommunications systems management exception to the definition of “information service.”⁹⁷⁴ Thus, when provided with broadband Internet access services, these integrated services do not convert broadband Internet access service into an information service”. *Ibíd.*

transmisión prestado por los proveedores de banda ancha es funcionalmente distinto de la aplicación de internet adicional que ellos ofrecen. Los prestadores del servicio no pueden evitar el ámbito del título II solamente atando el servicio de acceso a internet de banda ancha con servicios de información. Como la mayoría de la Corte Suprema lo señaló en Brand X, citando el reporte Stevens, “una compañía no puede escapar de la regulación del título II” de un “servicio de telecomunicaciones” “simplemente empaquetando ese servicio con el buzón de voz” o servicios de información similares¹¹².

- **El criterio de respetar la definición de ley sobre telecomunicaciones: la existencia de una transmisión por medio electromagnético. El servicio de acceso a internet de banda ancha es un servicio de telecomunicaciones.**

Como la ley definió las telecomunicaciones como la transmisión de información entre puntos especificados, sin cambio en la forma o en el contenido de la información, es claro que el servicio de acceso a internet de banda ancha está prestando telecomunicaciones. En efecto, este servicio transmite información entre puntos definidos por el usuario.

Ahora bien, el hecho de usar una variedad de protocolos para entregar el contenido o por los encabezados de la información, no lo convierten en un servicio de información. Se trata simplemente de actividades propias de la administración del servicio de acceso a internet de banda ancha. Por ello, el hecho de que la “forma y contenido de la información” sea la misma cuando un paquete IP es enviado por el remitente, como cuando el paquete es recibido por el receptor, configura un servicio de telecomunicación.

Los argumentos que sustentan esta posición son:

“La información es transmitida sin cambio en la forma o contenido. El servicio de acceso a internet de banda ancha puede usar una variedad de protocolos para entregar el contenido de un punto a otro. Sin embargo, el paquete de carga (i.e. el contenido solicitado o enviado por el usuario) no es alterado por la variedad de encabezados que un proveedor puede usar para enviar un paquete dado. La información que un proveedor de banda ancha coloca dentro del encabezamiento de un paquete como parte del servicio de acceso a internet de banda ancha es para la administración del servicio de acceso internet de banda ancha y es removido antes de que el paquete sean transferido a la aplicación de destino. Proveedores de banda ancha por lo tanto mueven paquetes del remitente al receptor sin ningún cambio en el formato o contenido, y “meramente transferir un paquete a su receptor no envuelve por sí mismo generar, adquirir, transformar, procesar, recuperar, utilizar, o hacer disponible información”. En vez, es la naturaleza del envío del

¹¹² Traducción libre. Texto original: “Broadband Internet Access Service Is Not Inextricably Intertwined With Add-On Information Services. Some commenters contend that broadband Internet access service must be a functionally integrated information service because it is offered in conjunction with information services, such as cloud-based storage services, email, and spam protection.... We find that such services are not inextricably intertwined with broadband transmission service, but rather are a “product of the [provider’s] marketing decision not to offer the two separately.”¹⁰⁶⁶ The transmission service provided by broadband providers is functionally distinguishable from the Internet application add-ons they provide.¹⁰⁶⁷ Service providers cannot avoid the scope of Title II merely by bundling broadband Internet access service with information services. As the Supreme Court majority in Brand X recognized, citing the Stevens Report, “a company ‘cannot escape Title II regulation’ of a telecommunications service “simply by packaging that service with voice mail” or similar information services”. *Ibidem*.

paquete de que la “forma y contenido de la información” sea precisamente la misma cuando un paquete IP es enviado por el remitente como cuando el mismo paquete es recibido por el receptor”¹¹³.

El servicio de acceso a internet de banda ancha es un “servicio de telecomunicaciones”

(...) Habiendo afirmativamente determinado que el servicio de acceso a internet de banda ancha envuelve “telecomunicaciones”, también encontramos que el servicio de acceso a internet de banda ancha es un “servicio de telecomunicaciones”. Un “servicio de telecomunicaciones” es “la oferta de telecomunicaciones directamente al público, por un precio, sin importar las funciones usadas”. Nosotros encontramos que el proveedor del servicio de acceso a internet de banda ancha ofrece el servicio “directamente al público”. Como se discutió arriba, el registro indica que los proveedores de banda ancha rutinariamente ofrecen sus servicios de acceso a internet de banda ancha de forma extendida y al público en general...¹¹⁴.

- **El servicio de acceso a internet no es un servicio de información: el criterio de la actividad principal y no incidental del servicio y de la no alteración del carácter fundamental del servicio de telecomunicaciones.**

Aunque este servicio es ofrecido junto con algunas capacidades, que analizadas en forma aislada podrían encajar en la definición de servicios de información, tal circunstancia no lo convierte en este tipo de servicios. La razón se encuentra en el mismo contenido de la ley, puesto que los servicios de información expresamente exceptúan de su ámbito de aplicación la administración de sistema de telecomunicaciones, o se trata de ofertas separadas que no están inexorablemente integradas con el servicio de acceso a internet de banda ancha.

Como criterio para considerarlos como excepción, en cuanto corresponden a administración de sistema de telecomunicaciones, reitera su doctrina en el sentido de que:

- (1) Debe ser incidentales a un servicio principal de telecomunicaciones y,
- (2) No debe alterar el carácter fundamental del servicio de telecomunicaciones.

¹¹³ Traducción libre. Texto original: “Information is Transmitted Without Change in Form or Content. Broadband Internet access service may use a variety of protocols to deliver content from one point to another. However, the packet payload (i.e., the content requested or sent by the user) is not altered by the variety of headers that a provider may use to route a given packet. The information that a broadband provider places into a packet header as part of the broadband Internet access service is for the management of the broadband Internet access service and it is removed before the packet is handed over to the application at the destination. 1003 Broadband providers thus move packets from sender to recipient without any change in format or content, and “merely transferring a packet to its intended recipient does not by itself involve generating, acquiring, transforming, processing, retrieving, utilizing, or making available information.”¹⁰⁰⁴ Rather, “it is the nature of [packet delivery] that the ‘form and content of the information’ is precisely the same when an IP packet is sent by the sender as when that same packet is received by the recipient.”

¹¹⁴ Traducción libre. Texto original: “Having affirmatively determined that broadband Internet access service involves “telecommunications,” we also find that broadband Internet access service is a “telecommunications service.” A “telecommunications service” is the “offering of telecommunications for a fee directly to the public, . . . regardless of the facilities used.”¹⁰⁰⁶ We find that broadband Internet access service providers offer broadband Internet access service “directly to the public.” As discussed above, the record indicates that broadband providers routinely market broadband Internet access services widely and to the general public.”.

Se citan como ejemplos el “mercado rápido, desviación de llamadas y asistencia de directorio computarizado” y, de otra parte, las llamadas de voz tradicionales a números gratuitos, números pagos por llamadas, números portados, que requieren de una consulta en una base de datos para trasladar el número marcado a un número telefónico diferente. Se trata de casos en los cuales se incluyen procesamiento informático y no dejan de ser servicios de telecomunicaciones.

Esta tesis es planteada de la siguiente manera:

“Adicionalmente encontramos que el servicio de acceso a internet no es un servicio de información. La ley define el “servicio de información” como la “oferta de capacidades para generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar, utilizar y hacer disponible información vía telecomunicaciones, pero no incluye ningún uso de tal capacidad para la administración, control u operación de un sistema de telecomunicaciones o la administración de un servicio de telecomunicaciones”. En la medida que el servicio de acceso a internet de banda ancha es ofrecido junto con algunas capacidades que de otra forma caerían dentro de la definición de servicio de información, ello no convierte el servicio de acceso a internet de banda ancha en un servicio de información funcionalmente integrado. Por el contrario, encontramos que estas capacidades se enmarcan ya sea dentro de la excepción de administración de sistemas de telecomunicaciones, o son ofertas separadas que no están inexorablemente integradas con el servicio de acceso a internet de banda ancha, o ambos”¹¹⁵.

“(…La Comisión ha sostenido consistentemente que funciones “adjunct-to-basic” se encuadran dentro de la excepción de administración de sistemas de telecomunicaciones, de la definición de “servicio de información”. Tales funciones, ha sostenido la Comisión: (1) deben ser “incidentales” a un servicio principal de telecomunicaciones – i.e. “básico” en propósito y uso en el sentido de que ellos facilitan el uso de la red, y (2) no debe “alterar el carácter fundamental del servicio de telecomunicaciones”. De acuerdo con un precedente establecido de la Comisión, ellos incluyen “mercado rápido, desviación de llamadas, y asistencia de directorio computarizado”, cada uno de los cuales comparte con el DNS la característica esencial de usar el procesamiento informático para convertir el número o pulsación que el usuario final usa, en otro número capaz de enviar la comunicación al receptor pretendido. De forma similar, llamadas de voz tradicionales a números gratuitos, números pagos por llamada y números portados requieren de una consulta en una base de datos para trasladar el número marcado a un número telefónico diferente y/o de otro modo determinar cómo dirigir la llamada adecuadamente, y no hay duda de que la inclusión de esta funcionalidad no

¹¹⁵ Traducción libre. Texto original: “We further find that broadband Internet access service is not an information service. The Act defines “information service” as “the offering of a capability for generating, acquiring, storing, transforming, processing, retrieving, utilizing, or making available information via telecommunications . . . but does not include any use of any such capability for the management, control, or operation of a telecommunications system or the management of a telecommunications service.”¹⁰²³ To the extent that broadband Internet access service is offered along with some capabilities that would otherwise fall within the information service definition, they do not turn broadband Internet access service into a functionally integrated information service. To the contrary, we find these capabilities either fall within the telecommunications systems management exception or are separate offerings that are not inextricably integrated with broadband Internet access service, or both”. Ibídem,

convierte de alguna manera este servicio básico de telecomunicaciones en un servicio de información”¹¹⁶.

- **La comparación que procede entre el servicio de acceso a internet de banda ancha y el servicio telefónico cuando incorporan en forma adicional almacenamiento de información (buzón de voz). En ambos casos son servicios de información plenamente separables.**

Para sustentar este criterio, y citando a la Corte Suprema, se hace referencia al buzón de voz ofrecido con el servicio telefónico tradicional en el cual, la compañía telefónica empaqueta el buzón de voz con la telefonía, y no obstante, prestar un servicio telefónico que transmite información independiente de las capacidades de almacenamiento de información ofrecido por el buzón de voz.

La misma conclusión procedería respecto de servicios identificados como correo electrónico, almacenamiento en línea y protección contra el spam, los cuales serían servicios de información separables y no desvirtúan el servicio de telecomunicaciones de acceso a internet de banda ancha.

Al respecto, reitera la tesis, en el sentido de que estos servicios de almacenamiento no afectan sustancialmente el servicio de telecomunicaciones, en este caso el telefónico o, si se quiere, la telecomunicación es trivialmente afectada, por la capacidad adicional del correo de voz. En la misma forma el servicio de acceso a internet de banda ancha es solo trivialmente afectado por las funciones del correo electrónico y almacenamiento en la nube que el proveedor de banda ancha puede ofrecer con el servicio de acceso a internet de banda ancha. Igual sucede con el bloqueo de spam, todos los cuales son complementos separables de otros servicios de información, como el correo electrónico.

Otro argumento utilizado para corroborar la tesis de la separabilidad de los servicios de telecomunicaciones y de información en el servicio de acceso a internet de banda ancha corresponde a la concepción de internet en términos de las capas de red que desarrollan distintas funciones.

Así, cada capa de red provee servicios a la capa que está encima de ella. Por tanto, las capas más bajas, incluyendo las que proveen transmisión y envío de paquetes no dependen de los servicios ofrecidos por las capas más altas.

En efecto, la transmisión de información de un usuario, que se ubica en las capas más bajas, no depende de los servicios de información complementarios,

¹¹⁶ Traducción libre. Texto original: “(...) the Commission’s consistently held view that “adjunct-to-basic” functions fall within the telecommunications systems management exception to the “information service” definition.¹⁰²⁹ Such functions, the Commission has held: (1) must be “incidental” to an underlying telecommunications service—i.e., “basic” in purpose and use” in the sense that they facilitate use of the network; and (2) must “not alter the fundamental character of [the telecommunications service].”¹⁰³⁰ By established Commission precedent, they include “speed dialing, call forwarding, [and] computer-provided directory assistance,”¹⁰³¹ each of which shares with DNS the essential characteristic of using computer processing to convert the number or keystroke that the end user enters into another number capable of routing the communication to the intended recipient. Similarly, traditional voice telephone calls to toll free numbers, pay-per-call numbers, and ported telephone numbers require a database query to translate the dialed telephone number into a different telephone number and/or to otherwise determine how to route the call properly,¹⁰³² and there is no doubt that the inclusion of that functionality does not somehow convert the basic telecommunications service offering into an information service”. Ibidem.

tales como el servicio de almacenamiento en la nube, el correo electrónico, o la protección contra el spam, que se presentan en las capas de aplicaciones¹¹⁷.

La gran conclusión de esta tesis es que el servicio de acceso a internet de banda ancha es un servicio de telecomunicaciones y no es un servicio de información, pues además se trata de categorías excluyentes. Tampoco puede afirmarse que se encuentra inexorablemente entrelazada con componentes del servicio de información.

De los precedentes anteriores, se evidencia la gran dificultad de diferenciar los servicios que involucran procesamiento de información (servicios de información) con los servicios que involucran transmisión o recepción de información (telecomunicaciones). Son dicientes, los diferentes criterios y argumentos que ha asumido la agencia reguladora de los Estados Unidos a propósito de los servicios de acceso a internet de banda ancha, cuando el componente de tratamiento de la información involucra su transmisión¹¹⁸.

B. Servicios de la sociedad de la información y de las comunicaciones electrónicas en la Unión Europea

En forma previa a presentar una síntesis del contenido de esta regulación, es importante aclarar que en el ámbito de la Unión Europea coexisten dos regímenes jurídicos distintos: Uno, para las comunicaciones electrónicas¹¹⁹, y otro, para los servicios de la Sociedad de la Información^{120,121}.

¹¹⁷ “We find that these services identified in the record—email, cloud-based storage, and spam protection—are separable information services. We conclude that e-mail accounts and cloud-based storage provided along with broadband Internet access services are akin to voicemail services offered along with traditional telephone service. As the Court found, “a telephone company that packages voice mail with telephone service offers a transparent transmission path—telephone service—that transmits information independent of the information-storage capabilities provided by voicemail. . . . [W]hen a person makes a telephone call, his ability to convey and receive information using the call is only trivially affected by the additional voice-mail capability.”¹⁰⁶⁹ Likewise, the broadband Internet access service that consumers purchase is only trivially affected, if at all, by the e-mail and cloud-based storage functionalities that broadband providers may offer with broadband Internet access service.¹⁰⁷⁰ Finally, security functions such as spam blocking are add-ons to separable information services such as email, and are themselves separable information services”. *Ibidem*.

¹¹⁷ “It is also notable that engineers view the Internet in terms of network “layers” that perform distinct functions.¹⁰⁷¹ Each network layer provides services to the layer above it.¹⁰⁷² Thus the lower layers, including those that provide transmission and routing of packets, do not rely on the services provided by the higher layers. In particular, the transmission of information of a user’s choosing (which is a service offered by lower layers) does not depend on add-on information services such as cloud-based storage services, email, or spam protection (which are services offered at the application layer)”. *Ibidem*.

¹¹⁸ Para mayor dificultad, debe recordarse que los servicios de información se suministran a través de las telecomunicaciones.

¹¹⁹ Las principales Directivas del Parlamento europeo y del Consejo, aplicables a las comunicaciones electrónicas son: Directiva 2002/19/CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión. Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

¹²⁰ Las principales Directivas del Parlamento europeo y del Consejo, aplicables a los servicios de la Sociedad de la Información son: Directiva 98/34/CE, sobre un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la Sociedad de Información; Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, y Directiva 2015/535/CE relativo al procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de las Sociedad de la Información.

Es importante analizar las diferencias de los conceptos y ámbito de aplicación del régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas y de los servicios de la Sociedad de la Información.

- Servicios de comunicaciones electrónicas

El régimen de las comunicaciones electrónicas¹²², que corresponde en nuestra legislación al régimen de telecomunicaciones, está regulado, en forma principal, por la Directiva Marco 2002/21/CE que define a las comunicaciones electrónicas, así:

“Artículo 2. Definiciones:

c) servicio de comunicaciones electrónicas: el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos; quedan excluidos asimismo los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas”¹²³.

(El subrayado es de la Sala)

Esta definición amerita varias observaciones:

i) En primer lugar, la definición consagra la tipificación del servicio cuando su prestación del servicio corresponda, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales, a través de las redes de las comunicaciones electrónicas, incluyendo los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en redes de radiodifusión sonora.

¹²¹ Se pueden observar las diferencias con el régimen jurídico nacional. La Ley 1341 de 2009, en un solo estatuto consagró las normas relativas a las TIC, incluidas las telecomunicaciones, con el objetivo de consolidar la Sociedad de la Información y el conocimiento.

¹²² Dicho régimen se compone de: la Directiva Marco 2002/21/CE y cuatro Directivas Específicas: Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Así mismo, Directiva 97/66/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas. De igual manera, hacen parte de este Cuadro las más recientes: Directiva 2009/136/CE, del 25 de noviembre de 2009 por la cual se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; el Reglamento (CE) 2006/2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores; la Directiva 2009/140/CE, del 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

¹²³ Art. 2.

Esta definición permite que en un mismo servicio puedan coexistir otras prestaciones diferentes de la comunicación electrónica, además de la simple transmisión o transporte de la señal. En este caso, para determinar si se le aplica el régimen de las comunicaciones electrónicas o un régimen distinto, se toma el criterio de la actividad principal, es decir, aquella que predomina en la naturaleza del servicio y en la prestación del servicio ofrecida al usuario¹²⁴.

En la prestación del servicio telefónico, considerado como un servicio de comunicaciones electrónicas, pueden existir otros servicios relacionados con información, con almacenamiento o procesamiento de datos, o aún una comunicación o intercambio de información entre personas y máquinas, como puede ser el buzón de voz y el contestador automático, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza del servicio telefónico, por tratarse de la actividad principal¹²⁵.

A *contrario sensu*, la norma permite interpretar que puede existir una comunicación electrónica prestada en forma conjunta con otra prestación distinta y no sería calificada bajo el régimen de comunicación electrónica, si no corresponde a la actividad principal.

ii) El concepto de comunicación electrónica incorpora una noción amplia y genérica de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el transporte de la señal y la transmisión.

iii) En forma expresa la norma exceptúa del concepto de comunicaciones electrónicas, los servicios que suministren contenidos transmitidos a través de las redes y servicios de las comunicaciones electrónicas y los servicios de la Sociedad de la Información a que se refiere la Directiva 98/34/CEE¹²⁶.

A este respecto es importante citar algunos apartes de la consideración 5 de la Directiva, cuando al referirse a este ámbito de aplicación de la norma, señala que:

“La convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información supone que todos los servicios y las redes de transmisión deben estar sometidos a un único marco regulador (...)”

(...)

Es necesario separar la regulación de la transmisión de la regulación de los contenidos. Por consiguiente, este marco no cubre el contenido de los servicios prestados a través de las redes de comunicaciones electrónicas utilizando servicios de comunicaciones electrónicas, tales como los contenidos de radiodifusión, los servicios financieros y determinados servicios de la sociedad de la información”.

¹²⁴ No es extraño que el servicio de comunicación electrónica sea prestado con actividades de tratamiento de la información o relacionadas con la transmisión de la información, o también con otras actividades que por sí solas no correspondan a una comunicación electrónica.

¹²⁵ Algunas aproximaciones conceptuales sobre el contenido de las aplicaciones, en cuanto pueden generar procesos de comunicación e intercambio de información entre máquinas y personas, pueden corresponder a estos servicios accesorios al servicio de telefonía y, sin embargo, no podría afirmarse que tales procesos desvirtúen la naturaleza del servicio de telecomunicaciones, como se planteó al analizar la legislación de Estados Unidos.

¹²⁶ Y las demás Directivas sobre la Sociedad de la Información que se citan con posterioridad.

(...)

“La separación entre la regulación de la transmisión y la regulación de los contenidos no es óbice para tener en cuenta los vínculos que existen entre ambas, en particular, con el fin de garantizar el pluralismo de los medios de comunicación, la diversidad cultural y la protección de los consumidores”.

- Servicios de la Sociedad de la Información

A partir de la Directiva 98/34/CE, el Parlamento y el Consejo europeo consideraron importante que las naciones de los países miembros se adaptaran a los nuevos servicios de la Sociedad de la información, para garantizar una mayor protección de los intereses generales y preservar el buen funcionamiento del mercado interior.

Para el efecto se estableció la definición de “servicios” en los siguientes términos:

“todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”.

Para ello, se entenderá por:

- i) *A distancia, un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente.*
- ii) *Por vía electrónica, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier medio electromagnético¹²⁷.*

En forma adicional, la Directiva precisa que no será aplicable a los servicios de radiodifusión sonora y radiodifusión televisiva, esta última contemplada en la Directiva 89/552/CEE. Además, también aclara que no será aplicable “(...) a las reglas relativas a cuestiones que sean objeto de una normativa comunitaria en materia de servicios de telecomunicación (...)”¹²⁸.

De la misma manera, se aclara que esta Directiva no se aplicará “(...) a las reglas relativas a cuestiones que son objeto de una normativa comunitaria en materia de servicios financieros, tal como se enumeran de una manera no exhaustiva en el Anexo VI de la presente Directiva”. En esta lista de servicios financieros se mencionan los servicios bancarios, y operaciones de seguro, servicios de inversión, etc.

Todas las Directivas sobre Sociedad de la Información tienen como objetivo y ámbito de aplicación contribuir al funcionamiento del mercado interior, garantizar la libre circulación de los servicios de la Sociedad de la Información, y como una categoría más amplia, recoger aquellas actividades que quedan afuera de la normativa sobre comunicaciones electrónicas, pero son ofrecidas electrónicamente. Un ejemplo de este ámbito de aplicación parecen ser los

¹²⁷ Esta definición se repite en el art. 1 de la Directiva 2015/1535/CEE.

¹²⁸ En la misma forma se regula en el No 3 del art. 1 de la Directiva 15/1535/CEE.

servicios prestados sobre la red, *Over The Top* (OTT)¹²⁹, los cuales estarían cobijados por esta norma, en la medida que no están excluidos de la definición, así no estén expresamente consagrados, aunque no es un tema pacífico en la doctrina¹³⁰

En términos similares a la legislación de los Estados Unidos, la distinción entre los servicios de telecomunicaciones y de información, así como en la legislación nacional entre los servicios de TIC y los servicios de telecomunicaciones, está caracterizada por un marco normativo fuertemente regulado para las comunicaciones electrónicas y un marco más amplio y en gran parte desregulado para los otros servicios.

Los servicios de la Sociedad de la Información (SSI) cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea. En general, actividades relacionadas con la contratación en línea, así como también a la entrega y venta de mercancías, y en general, es extensivo al comercio electrónico y aún a servicios no remunerados que ofrecen información en línea, comunicaciones comerciales o instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Asimismo, cubren servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación o albergar información facilitada por el destinatario del servicio¹³¹.

La Directiva 2000/31/CEE precisa que su contenido, junto con las demás directivas relativas a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, contribuye a la creación de un marco jurídico para la provisión en línea de los servicios financieros¹³².

En las definiciones de esta Directiva se establece el concepto de:

“Prestador de servicios establecido: prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismo el establecimiento del prestador de servicios”.

(El Subrayado es de la Sala)

Puede observarse que las Directivas regulan la actividad económica y las reglas de liberalización que permitan desarrollarla por vía electrónica, de tal manera que se garanticen el acceso a este mercado por parte de los usuarios, sin que ello implique su aplicación a la regulación prevista para las comunicaciones electrónicas. En el caso de los servicios financieros prestados a distancia, se consideran incluidos en los términos mencionados por la Directiva, como servicios de la Sociedad de la Información.

¹²⁹ Servicios prestados sobre la red. Un ejemplo, el servicio de Netflix.

¹³⁰ Se trata de un tema todavía en discusión, en cuanto a las obligaciones que deben contemplarse para estos nuevos agentes del mercado, según el tipo de prestación ofrecida a los usuarios. En apartes posteriores se hará referencia al servicio de correo electrónico “gmail” prestado por google en Alemania, considerado por el regulador alemán como servicios de telecomunicaciones y a la consulta prejudicial presentada por el Tribunal Alemán al Tribunal de Justicia Europeo.

¹³¹ Directiva 2000/31/CEE. Considerando No 18.

¹³² Considerando 27.

Del contenido de las normas no se infieren elementos de distinción entre los servicios de la Sociedad de la Información y las Comunicaciones electrónicas más allá de lo expuesto, esto es, en principio, que los servicios de la Sociedad de la Información puedan prestarse sin mayores obstáculos regulatorios, pues tienen como objetivo el fomento y desarrollo de las actividades económicas en línea. Además, el prestador de estos servicios puede incorporar el tratamiento y el almacenamiento de datos.

Finalmente, en este contexto normativo, es importante destacar la discusión que se ha planteado en Alemania sobre la naturaleza jurídica del servicio de correo electrónico gmail prestado por Google, considerado por el regulador alemán como un servicio de telecomunicaciones y, en consecuencia, sometido a las cargas y obligaciones especiales prevista para estos servicios.¹³³ En decisión de primera instancia, la Corte Administrativa de Colonia confirmó la tesis del regulador alemán, sobre la calificación del servicio de correo electrónico prestado por Google, bajo la consideración de que se trataba de un “servicio de telecomunicaciones” para ello, tomó en cuenta que es un servicio (a) usualmente prestado por una remuneración y (b) consiste principalmente en la transmisión de señales sobre las redes de telecomunicaciones¹³⁴.

No obstante, en virtud de la apelación presentada por Google, la Alta Corte Administrativa del Norte de Rhine-Westphalia recientemente decidió referir el caso al Tribunal de Justicia Europeo para que emita una decisión preliminar de conformidad con la definición de las comunicaciones electrónicas contenidas, en las Directivas del Parlamento y del Consejo Europeo¹³⁵.

La decisión del Tribunal Europeo podría dar luces sobre las características y calificación de los servicios prestados por internet. Sin embargo, el tema aún está por definirse y el debate alemán solo confirma la falta de claridad y la dificultad existente, también en Europa, para diferenciar los servicios de las comunicaciones electrónicas de los servicios de la sociedad de la Información.

C. Las definiciones técnicas del Comité Consultivo Internacional de la UIT.

El libro del CCITT de la UIT¹³⁶ ha compendiado las siguientes definiciones relevantes para este concepto¹³⁷:

¹³³ En 2012, el regulador Alemán de telecomunicaciones (Bundesnetzagentur, "BNetzA") solicitó a Google “notificar” su servicio de Gmail (correo electrónico) como un servicio de telecomunicaciones y, en consecuencia, sometido a la respectiva regulación de este servicio. Google rechazó hacerlo. Después de años de disputa, la Corte Administrativa de Colonia, en decisión de noviembre de 2015 confirmó la solicitud de BNetzA. Cfr. Andreas Grünwald and Christoph Nüßing, “German Court: Google’s Gmail is a Regulated Telecoms Service. Publicado en Morrison Foersters, el 12/10/2015. Consultado el 15 de abril de 2018 en: <https://www.mofo.com/resources/publications/german-court-googles-gmail-is-a-regulated-telecoms-service.html>.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Noticia publicada el 1 de marzo de 2018, con el título “Gmail è una società Tlc? *L’ultima parola alla Corte di Giustizia Ue*, en el sitio web: <https://www.key4biz.it/gmail-societa-tlc-lultima-parola-alla-corte-giustizia-ue/214445/>. Consultado el 15 de abril de 2018.

¹³⁶ Comité Consultivo Internacional, telegráfico y telefónico de la UIT, que corresponde al actual CCT (Comité de coordinación de la Terminología de la UIT), creado mediante Resolución 1386 de mayo de 2017. En la citada resolución se establece:

“(…) *h) que el objetivo a largo plazo de la labor terminológica debe ser la preparación de un amplio vocabulario de las telecomunicaciones/TIC en los idiomas oficiales de la UIT, reconociendo la labor realizada por el CCV del UIT-R y el CNV del UIT-T con respecto a la adopción y concertación de términos y definiciones en el campo de las telecomunicaciones/TIC en los seis idiomas oficiales de la Unión*”.

- **Portador**

Rec. R. 140

Medio de transmisión utilizado para constituir uno o varios canales telegráficos; por ejemplo: flujo de bits común por el canal de un múltiplex¹³⁸.

- **Servicio de telemática; servicios telemáticos**

“Supl. No 1 (11.4)

Servicios internacionales de telecomunicación, excluidos del servicio de telefonía, telegrafía y transmisión de datos, ofrecidos por las administraciones y definidos por el CCITT con el objeto de intercambiar información por conducto de redes de telecomunicaciones.

Nota 1 – La definición del servicio incluye la gama completa de funciones conforme al modelo de interconexión de sistema abiertos (ISA).

Nota 2 – Ejemplo de servicios de telemática son el servicio de teletex, el servicio facsímil, los servicio de tratamiento de mensajes y el servicio de videotex.

Nota 3 – El término “teleservicio” forma parte del concepto de RDSI. Los servicio telemáticos prestados por una RDSI pueden considerarse como teleservicios”¹³⁹.

- **Servicio de Telecomunicación**

“Recs. I. 112, M. 60. Q. 9

El ofrecido por una administración a sus clientes a fin de satisfacer una necesidad de telecomunicaciones específica.

Nota: El servicio portador y el teleservicio son tipos de servicio de telecomunicación”¹⁴⁰.

- **Servicio básico**

“Recs. F.400, X.400

Servicio de tipo fundamental o servicio más comúnmente suministrado en una red de telecomunicaciones. Constituye la base sobre la que pueden prestarse servicios suplementarios¹⁴¹.

- **Servicios nuevos**

Sin embargo, no se encontró un glosario, en el campo de las telecomunicaciones, de definiciones de la CCT, en los términos señalados en la Resolución de 2017.

¹³⁷ Cfr. Comité Consultivo Internacional, telegráfico y telefónico. Libro Azul. Tomo I – Fascículo 1.3. Términos y Definiciones. Abreviaturas y Acrónimos. Recomendaciones sobre los medios de expresión (Serie B). Las estadísticas generales de las telecomunicaciones (Serie C). Melbourne, Nov. de1988.

¹³⁸ Comité Consultivo Internacional, telegráfico y telefónico, cit., p. 425.

¹³⁹ Ibid. p. 579.

¹⁴⁰ Ibid. p. 560

¹⁴¹ Ibidem.

“Rec. E. 508

Son los que implican ofrecimiento de servicios totalmente nuevos, muchos de los cuales puede cursarse por la RDSI”^{142_143}”.

- **Servicio suplementario**

“Rec. Q.9

Todo servicio suministrado por una red además de su servicio o servicios básicos”¹⁴⁴.

- **Servicio suplementario de llamada en espera**

“Rec. Q. 83

El servicio suplementario de llamada en espera hará posible que un abonado sea informado acerca de la existencia de una llamada entrante (como en los procedimientos de llamada básica) con una indicación de que no hay disponible ningún canal de información en el interfaz.

El usuario tiene entonces la posibilidad de aceptar, rechazar, o ignorar la llamada en espera (como en los procedimientos de llamada básica”¹⁴⁵.

- **Servicios portadores de banda ancha sin restricciones**

“Rec. I.121

Servicios portadores que permiten la transferencia sin restricciones de extremo a extremo de la información digital sin alteración entre los puntos de referencia SBA/TBA y requieren velocidades de canal de banda ancha. La información de usuario se transmite por canales normalizados de banda ancha en el caso de servicios MTS (circuito) o por canal virtual de capacidad definida en el caso de servicios basados en MTA; la señalización se proporciona por un canal de señalización”¹⁴⁶.

- **Servicios suplementarios prestados**

“Recs. F. 400 x.400

Este atributo se refiere a los servicios suplementarios asociados a un determinado servicio de telecomunicación”¹⁴⁷.

- **Teleservicio; servicio final**

“Recs. I.112, m.60. Q.9

Tipo de servicio de telecomunicaciones que proporciona la capacidad completa, incluidas las funciones del equipo terminal, para la comunicación entre usuarios de acuerdo con los protocolos establecidos por acuerdo entre las Administraciones y/o EPER”¹⁴⁸.

¹⁴² Red digital de servicios integrados.

¹⁴³ Comité Consultivo Internacional, telegráfico y telefónico, cit., p. 575.

¹⁴⁴ *Ibíd.* 580

¹⁴⁵ *Ibíd.* p. 575.

¹⁴⁶ *Ibíd.* 580.

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ *Ibíd.* 613.

Subraya la Sala

IV. El mercado único digital y la regulación del ecosistema digital. Los nuevos actores en la cadena de valor

La consolidación del internet como el eje de las comunicaciones electrónicas ha dado origen a un nuevo ecosistema digital, con mayores capacidades y movilidad, que ha desbordado el marco normativo de los servicios de telecomunicaciones, hasta el punto que parece existir una dualidad o multiplicidad de paradigmas regulatorios diferentes.

Por un lado, existe un régimen de telecomunicaciones con una fuerte intervención regulatoria de carácter preventivo o *ex ante*, y por otro, el mundo del internet, basado en la libertad de la comunicación y en la autorregulación. A la par de estos extremos, surgen prestadores de servicios distintos a los de telecomunicaciones, que vienen a tener un protagonismo superior frente al usuario, como es el caso de los proveedores de contenidos y proveedores de servicios en línea¹⁴⁹.

Es importante advertir que parte de estos nuevos actores prestan servicios que pueden considerarse sustitutos de las telecomunicaciones, aunque su habilitación y actividad se realice a través de aplicaciones y por vía de internet y, no obstante, no tienen las mismas obligaciones y régimen de los operadores de los servicios y redes de telecomunicaciones. Es el caso de los servicios prestados a través de Skype y del WhatsApp.

Otra característica de estos nuevos agentes es su presencia creciente en los diferentes eslabones de la cadena, bien mediante el desarrollo de nuevos servicios o bien con la adquisición de agentes que ya estaban desarrollando sus actividades en un eslabón distinto con una evidente concentración de mercado y de poder en la cadena valor.

La doctrina ha señalado estas características propias del fenómeno denominado “*plataformización*” del ecosistema, derivado del concepto de plataforma en el sector TIC, como “plataforma de mercados” o “mercados con dos lados”.

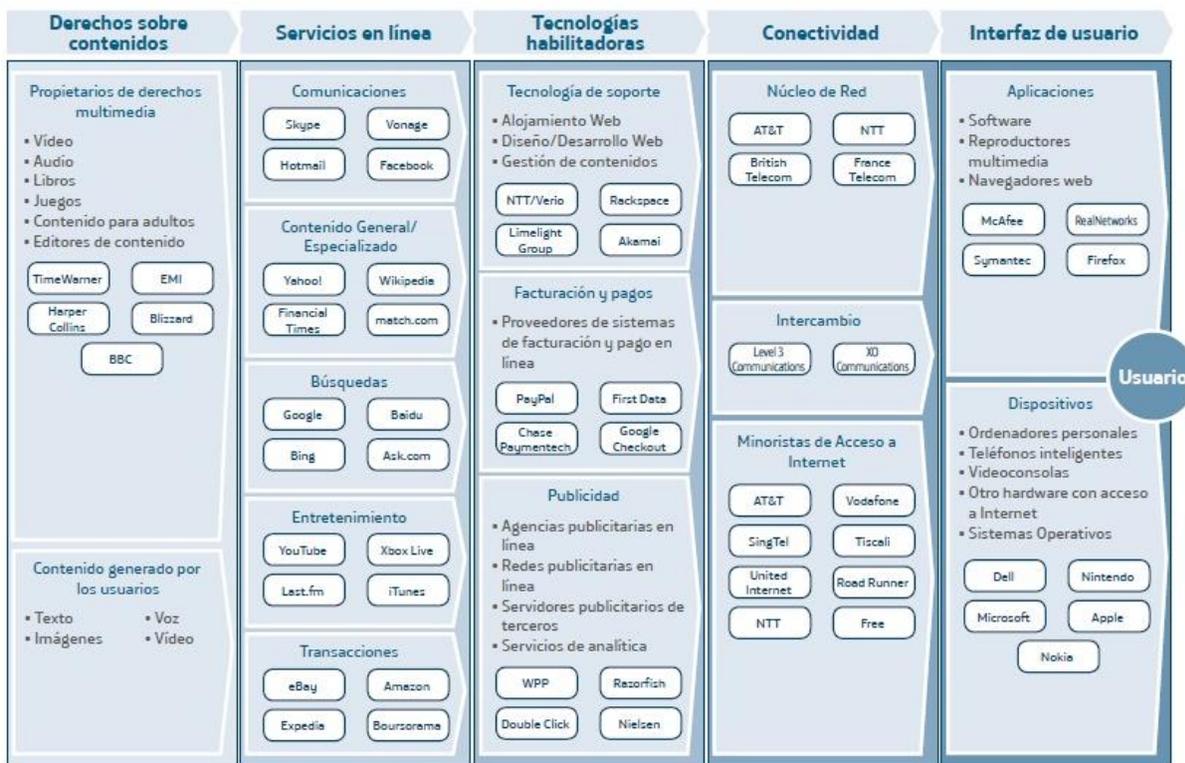
Se trata de uno de los mayores desafíos y problemas que enfrenta la regulación. Para garantizar el derecho a la competencia y la protección de usuarios, causado por el control de estas empresas sobre el acceso a los recursos o servicios que detentan y los denominados (*gatekeeper*).

Una definición de plataforma corresponde a “las entidades mediadoras que crean valor facilitando las interacciones entre agentes que operan en diferentes lados de un mercado digital de dos o múltiples caras”¹⁵⁰⁻¹⁵¹

¹⁴⁹ Se hace referencia a los proveedores de contenidos y aplicaciones que obtienen los mayores ingresos en la cadena de valor y se soportan sobre la red de las empresas de telecomunicaciones. Por la importancia y universalidad de los servicios que prestan, son los actores de mayor protagonismo en el mercado en el cual, la conectividad prestada por los PRST es solo un eslabón en la cadena de valor. Se hace referencia a los servicios, ya enunciados, *Over The Top* (OTT). Ejemplo de estos servicios corresponden a los suministrados por Google, Yahoo, Facebook, YouTube, Skype o Netflix. Así mismo, servicios como Airbnb y UBER.

¹⁵⁰ Hoelck, Katharina y Ballon, Pier. *Competitive Dynamics in the ICT Sector Strategic Decision in Platform Ecosystems Communications & Strategics*, (99), 52. 2015). Citado por Pérez Martínez y Martín Núñez. pág. 13. También puede verse la consulta pública de la Comisión Europea sobre el entorno de las plataformas, los intermediarios en línea, los datos y el “cloud computing” y la

Para comprender el nuevo ecosistema digital y los agentes que intervienen resulta ilustrativa la cadena de valor presentada por AT. Kearny^{152,153}.



La explicación de cada uno de estos actores y de los servicios que prestan, en los cuales la conectividad, es decir la telecomunicación, es apenas uno de ellos, es explicada de la siguiente forma¹⁵⁴:

“Los propietarios de los derechos sobre los contenidos entregan sus contenidos a los proveedores de servicio online para que los distribuyan a los usuarios de Internet. Pueden ser empresas que generen contenidos o que

economía colaborativa, en la cual se refiere a las plataformas como “empresas que operan simultáneamente en mercados dobles o múltiples que utilizan internet para posibilitar interacciones entre dos o más grupos de usuarios diferentes, pero independientes, con el fin de generar valor para al menos uno de los grupos.” <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/public-consultation-regulatory-environmentplatforms-online-intermediaries-data-and-cloud>

Pérez Martínez, Jorge y Martín Núñez, José Luis. *Regulación del Ecosistema Digital*. En “El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC. Director. Edgar González López. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2017, pp, 1285. Los autores se refieren a las denominaciones utilizadas por Ballon, Pleter, *The Platformisation of the European mobile Industry. Communications & Strategies*, (75), 15. 2009.

¹⁵¹ Las características principales que identifican a las plataformas y su gran poder de mercado, frente al derecho a la competencia y a la protección de los usuarios están resumidas por Jorge Pérez Martínez y José Luis Martín Núñez, así:

- Incorporan el control de acceso a los recursos o servicios, lo que se denomina como *gatekeeper*, es decir, imponen las condiciones (plataformas de aplicaciones móviles como el Smartphone y el Iphone).
- Actúan como intermediarios entre los usuarios finales y los proveedores de contenidos o de servicios finales.
- Se apoyan en un recurso tecnológico, en una inversión no replicable o en externalidades de red que tienen la naturaleza de “facilidades esenciales”.
- Actúan como reguladores del mercado al imponer obligaciones al resto de los agentes, sustituyendo a las autoridades públicas o de regulación.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Se trata de un cuadro ilustrativo que enuncia algunos operadores de la cadena de valor del nuevo ecosistema digital, pero que no puede considerarse taxativa.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

dispongan de los derechos de contenidos desarrollados por terceros. En este eslabón también se incluirían los contenidos generados por los usuarios o sin derechos como "conocimiento público".

Los proveedores de servicios en línea proporcionan una amplia gama de servicios a los usuarios de Internet que se pueden clasificar en servicios de comunicaciones basados en voz, correo electrónico, mensajería; servicios que facilitan contenidos como portales de noticias, ocio y otros contenidos más específicos; buscadores que filtran la información mediante palabras clave; entretenimiento que centra su modelo de negocio en la publicidad; y transacciones que disponen de portales de comercio electrónico que permiten la compra de productos o servicios.

Las empresas de tecnologías habilitadoras proporcionan servicios para el desarrollo de otras aplicaciones. Son esenciales para la distribución técnica del contenido web y la generación de ingresos como son: el soporte tecnológico, la facturación y pagos, y los servicios de publicidad.

Los proveedores de conectividad proporcionan los servicios de conectividad a los usuarios, tanto los vinculados al núcleo de red como los relacionados con el intercambio de tráfico y los servicios minoristas de banda ancha fijo o móvil.

Finalmente, las empresas que desarrollan el interfaz de usuario se encargan de proporcionar al usuario el dispositivo físico que permite la interconexión como: ordenadores, smartphone o tabletas y las aplicaciones software donde se presentarán los servicios"¹⁵⁵.

En definitiva, en el ecosistema digital los servicios de telecomunicaciones se limitan a proveer la conectividad necesaria para los demás agentes del sistema.

La competencia en el ecosistema digital ha determinado que los agentes *Over The Top* (OTT) estén utilizando la conectividad global de internet para ofrecer nuevos servicios, con fuertes desarrollos tecnológicos que en algunos casos son complementarios a los servicios de telecomunicaciones ya existentes, y en otros son claramente sustitutivos de estos servicios¹⁵⁶.

El centro del problema corresponde al diferente régimen jurídico aplicable a unos y otros: el de telecomunicaciones, con un fuerte régimen regulatorio¹⁵⁷, y el de los servicios prestados por estos nuevos agentes, con muy poca normatividad, dada su reciente aparición en el ecosistema digital.

¹⁵⁵ Traducido por Jorge Pérez Martínez y José Luis Martín Núñez. *Regulación del Ecosistema Digital*. En "El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC. Director. Edgar González López. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2017, pp, 1285.

¹⁵⁶ Esta situación de los servicios sustitutos ha llevado a una problemática, no solucionada en cuanto al régimen jurídico aplicable a unos y otros, y en cuanto a la garantía de la competencia, pues aunque los servicios no son exactamente iguales a los existentes y están prestados bajo tecnologías diferentes, las necesidades que cubren a los usuarios son claramente similares o sustitutivas. El ejemplo más dicente de esta situación corresponde a los servicios prestados a través de la plataforma WhatsApp, con respecto a los servicios de telecomunicaciones de mensajes de datos (SMS), que prácticamente han desaparecido de los servicios de telefonía (voz).

¹⁵⁷ Trasladada esta problemática al régimen nacional, se encuentra que el régimen de las telecomunicaciones tiene una naturaleza de servicio público y una fuerte intervención del Estado, en especial, a través de la CRC y están sometidos a una contraprestación por la explotación del servicio, mientras que los servicios de TIC, que no corresponden a telecomunicaciones, tienen una mínima regulación.

En síntesis, coexisten dos marcos normativos diferentes para prestaciones similares, lo cual genera el problema de la asimetría regulatoria y la dificultad para aplicar las normas del derecho a la competencia.

En conclusión, en este ecosistema digital, existe una amplia gama de servicios, de actores y de proveedores surgidos del avance tecnológico que ha revolucionado el sistema de vida de la población y sus relaciones sociales, económicas y políticas y quienes tienen el protagonismo, de otra parte, tienen una regulación mínima insuficiente para resolver los problemas relacionados con el derecho a la competencia, vista la concentración y barreras de entrada de las plataformas y con la protección de los derechos de los usuarios.

Así mismo, es evidente la creciente convergencia tecnológica entre los servicios tradicionales, y algunos servicios que se ubican en los servicios vinculados a las TIC, los cuales carecen de una regulación sectorial ex ante y, simplemente se someten a las leyes generales de la competencia¹⁵⁸.

V) Síntesis y conclusiones del régimen de telecomunicaciones y de TIC en el ordenamiento jurídico nacional.

En los apartes anteriores se ha analizado: el ordenamiento jurídico vigente sobre las actividades y servicios vinculados a las TIC y al régimen jurídico de las telecomunicaciones; el régimen jurídico de los servicios de información y de telecomunicaciones en derecho comparado y en los tratados celebrados por Colombia; las definiciones técnicas del Comité Consultivo Internacional de la OIT y la doctrina sobre el mercado único digital, la regulación del ecosistema digital y los nuevos actores en la cadena de valor de las TIC. Procede ahora extraer algunas conclusiones y los criterios de interpretación que deben aplicarse para poder dar respuesta a los interrogantes formulados por el MINTIC.

1. El ordenamiento jurídico vigente no consagra en forma expresa las diferencias de contenido material, enunciativo o cualitativo entre los servicios vinculados a las TIC¹⁵⁹ y los servicios de telecomunicaciones. Una necesaria interpretación.

La Ley 1341 de 2009 consagró el régimen de las TIC. No obstante, de su contenido puede afirmarse que existe un régimen jurídico general para los servicios vinculados a las TIC y un régimen distinto con una fuerte intervención del Estado para los servicios públicos de telecomunicaciones.

Más allá de la denominación y conceptualización de las TIC, la Ley no desarrolla las diferencias de contenido material, enunciativo o cualitativo para determinar a cuales actividades o servicios vinculados a las TIC se les aplica el régimen general y a cuales servicios se les aplica el régimen de telecomunicaciones. La misma conclusión surge del contenido normativo

¹⁵⁸ Ante esta asimetría regulatoria, el problema parece aproximarse a una solución que equilibre la cancha, disminuyendo o atenuando la regulación de los operadores tradicionales, ante la dificultad, no imposibilidad, de regular a los nuevos agentes del sistema, entre otras razones, por su carácter extraterritorial.

¹⁵⁹ Como se ha reiterado, aunque las telecomunicaciones hacen parte del concepto de TIC, la ley estableció un régimen jurídico diferente para las telecomunicaciones. Por esta razón, cuando en este concepto se mencionan los servicios y actividad vinculados a las TIC, se debe entender que no incorpora el régimen de los servicios de telecomunicaciones.

reglamentario y de las resoluciones expedidas por las autoridades administrativas competentes habilitadas por ley (MINTIC y CRC).

Algunas aproximaciones pueden plantearse a partir de las diversas fuentes del derecho, en especial, el contenido de las normas legales, la doctrina en derecho comparado, las recomendaciones de la UIT y el contenido del Tratado de Libre Comercio celebrado por Colombia con Estados Unidos.

A partir de estos supuestos, es necesario dilucidar algunos criterios que permitan identificar elementos de distinción entre unos y otros servicios, bajo sistemas de interpretación de carácter histórico, sistemático y finalista.

Lo anterior, sin perjuicio de las necesarias recomendaciones para que el desarrollo de ley en estos puntos y en la regulación de los nuevos actores, se realice mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República en el artículo 189-11 de la C.P., y mediante la potestad normativa otorgada por la ley al MINTIC y a la CRC para establecer el glosario de definiciones en el sector de TIC y también para las telecomunicaciones.

2. Las conclusiones y criterios de interpretación para establecer las diferencias entre los servicios vinculados a las TIC y los servicios de telecomunicaciones, con fundamento en el régimen jurídico vigente:

- a. La clasificación de los servicios de telecomunicaciones, como regla general, está vigente, pues la Ley 1341 de 2009 solo derogó las normas del Decreto 1900 de 1990 y de sus disposiciones reglamentarias, que fueran contrarias a la nueva normatividad.

Procederá determinar si algunas modalidades de la clasificación legal de servicios de telecomunicaciones del estatuto anterior, pudo ser modificada bajo el nuevo concepto de TIC, en forma específica, algunas actividades incorporadas en los servicios de valor agregado.

- b. Las telecomunicaciones, según la ley, corresponden a la emisión, transmisión y recepción de información en sus diferentes modalidades, prestado a un tercero por medios electromagnéticos¹⁶⁰.
- c. Para determinar si se tiene la calidad jurídica de proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones (PRST) y por ende, titular de obligaciones y derechos inherentes, es menester determinar quién es la persona responsable¹⁶¹ de la prestación de servicios de telecomunicaciones. La provisión de estos servicios

¹⁶⁰ Según el art. 2 del Decreto 1900 de 1990, la Recomendación de la UIT Q9 y el art. 1 de la Resolución 202 de 2010 de MINTIC. Esta definición guarda también concordancia con el art. 14.7 del TLC celebrado entre los Estados Unidos y Colombia, el cual se refiere a la transmisión de datos que incorporen información suministrada por el cliente, sin incluir los servicios de información.

¹⁶¹ En este aspecto, el ordenamiento colombiano consagra un criterio diferente (responsabilidad) a la interpretación dada por la FCC y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en cuando a la tipificación del servicio de telecomunicaciones y por ende, la de proveedor de estos servicios. Para estas autoridades, el elemento esencial para determinar la prestación de un servicio de telecomunicación y por ende, la existencia de un proveedor de estos servicios corresponde a la "oferta" al público" de telecomunicaciones, entendida esta como la "percepción" que tenga el usuario sobre el servicio ofrecido por el operador. Esta "percepción" es la que puede determinar si el operador prestó un servicio de telecomunicación o un servicio de información.

podrá realizarse mediante servicios propios o suministrados por terceros, según la regulación vigente^{162,163}.

Por lo tanto, existe un servicio de telecomunicaciones cuando un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones (PRST) es responsable por la **transmisión**¹⁶⁴ de información de cualquier naturaleza, a un tercero por medios electromagnéticos.

En este caso, el PRST tendrá los derechos y obligaciones que establece el régimen jurídico de las telecomunicaciones consagrado en la Ley 1341, incluido el pago de la contraprestación periódica a la cual se refiere el art. 10 de la Ley 1341 de 2009 y los arts. 2 y 3 del Decreto 542 de 2014.

Lo anterior, independiente de que el PRST suministre otras prestaciones adicionales en beneficio del usuario, para las cuales se aplicará el régimen jurídico que corresponda¹⁶⁵. Asimismo, el simple empaquetamiento del servicio de telecomunicaciones con otros servicios, no sustrae al servicio de telecomunicaciones de su régimen jurídico^{166,167}.

- d. En una sola telecomunicación recibida por un usuario final, pueden existir varios servicios de telecomunicaciones y varios proveedores de servicios de telecomunicaciones, cada uno de los cuales debe cumplir con el pago de la contraprestación por el suministro del servicio del cual es responsable.

¹⁶² Lo anterior, según el art. 3 del Decreto 4948 de 2009 y el artículo 2 del Decreto 542 de 2014. Asimismo, el art. 1 de la Resolución 202 de 2010 del MINTIC y el art. 3 de la Resolución 3501 de 2011, de la CRC.

¹⁶³ Es importante anotar que el art. 3 del Decreto 542 de 2014 establece el elemento de la responsabilidad por la provisión de los servicios para determinar la calidad de PRST, “así los servicios o las redes sean de (sic) propias o de terceros”.

¹⁶⁴ Así mismo, por la emisión y recepción de información, las cuales suponen una transmisión. Por ello, solo se hace referencia al término transmisión.

¹⁶⁵ Si se trata de servicios vinculados a las TIC, el régimen general aplicable será el previsto por la Ley 1341 de 2009 para estos servicios. Si mediante la habilitación de los bienes y servicios vinculados a las TIC se prestan diferentes servicios, como financieros, de transporte, de vivienda, de comercio electrónico, estos se someterán al régimen jurídico que corresponda. Puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 20 de diciembre de 2017, en la cual se consideró que la plataforma UBER prestaba un servicio de transporte, y por lo tanto, sometido al régimen jurídico de este servicio.

¹⁶⁶ En la misma forma como lo ha señalado la doctrina comparada, y totalmente procedente en nuestra legislación nacional, vista la definición de telecomunicaciones, este servicio no se desnaturaliza por la coexistencia de servicios con connotación distinta. Puede verse el comentario que se hace del pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en Brand X, citada en la posición disidente de la FCC, en enero de 2018, y mencionada en apartes anteriores a propósito de la naturaleza jurídica del servicio de acceso a internet de banda ancha. Al respecto, se señaló: “(...) Una compañía no puede escapar de la regulación del título II de un “servicio de telecomunicaciones”, “simplemente empaquetando ese servicio con el buzón de voz” o “servicios de información similares”. Traducción libre. El texto literal es: “The transmission service provided by broadband providers is functionally distinguishable from the Internet application add-ons they provide.1067 Service providers cannot avoid the scope of Title II merely by bundling broadband Internet access service with information services. As the Supreme Court majority in Brand X recognized, citing the Stevens Report, “a company ‘cannot escape Title II regulation’ of a telecommunications service “simply by packaging that service with voice mail” or similar information services”.

¹⁶⁷ El uso de las TIC o aún de las Telecomunicaciones como instrumentos de conectividad para otros agentes o actores económicos, es independiente y no delimita o modifica el régimen jurídico que corresponda al contenido de la información transmitida, ni tampoco a la naturaleza de los servicios que se presten a través de estos medios (educación, transporte, hotelería, financieros, vigilancia, salud, etc.), los cuales estarán sujetos a su propia normatividad.

En este caso se presentan dos relaciones jurídicas distintas:

Una relación entre el proveedor del servicio portador y el proveedor del teleservicio, en la cual el primero proporciona al segundo la capacidad necesaria para la transmisión de señales para proveer su propio servicio de telecomunicaciones. En este caso, el proveedor del servicio portador es el responsable de su prestación del servicio y pagará la contraprestación periódica por su explotación económica. El proveedor demandante del servicio portador tiene la calidad de usuario no final.

Otra es la relación jurídica que se establece entre el proveedor del teleservicio (servicio telefónico) y el usuario final. En este caso, este proveedor es el responsable de la prestación del servicio telefónico y deberá pagar la contraprestación por su explotación económica.

Como se observa, independiente del número de usuarios o de la existencia de una sola telecomunicación (en este caso telefónica) en beneficio de un usuario final, existen dos servicios de telecomunicaciones sometidos a las obligaciones propias de este régimen jurídico, entre ellas, el pago de la contraprestación por cada uno de ellos.

- e. Los servicios y actividades relacionadas con el tratamiento de la información, esto es, compilar, procesar y almacenar información¹⁶⁸, o recoger, procesar, crear, o mostrar datos e información electrónica¹⁶⁹, por regla general, corresponden a servicios vinculados a las TIC y sometidos al régimen jurídico general establecido en la Ley 1341 de 2009. Desde este punto de vista, se diferencian de los servicios de telecomunicaciones.

Esta afirmación tiene sustento en las siguientes consideraciones, sustentadas en la interpretación de las normas vigentes y en el análisis de derecho comparado.

i) La Ley 1341 de 2009 no consagra los elementos de distinción entre los servicios vinculados a las TIC y los de telecomunicaciones y al respecto establece una definición genérica de TIC (art. 6). No obstante, al señalar las funciones que deben proveer el conjunto de bienes de TIC, menciona las de compilar, procesar, almacenar y transmitir información, y esta última como función propia de las telecomunicaciones.

Por lo tanto, si las telecomunicaciones tienen su esencia en la función de transmisión, aquellas acciones que no comporten la transmisión y se refieran al tratamiento de la información en los términos señalados anteriormente y previstos en los artículos 6 y 9 de esta ley, corresponderán, por regla general, a servicios vinculados a las TIC.

Sin embargo, por excepción y con una interpretación restrictiva, podrían existir funciones propias del tratamiento de información que por tener la calidad de incidentales o accesorios a un servicio principal de telecomunicaciones y no alterar el carácter fundamental del servicio de telecomunicaciones, se entienden vinculados a la administración, control u

¹⁶⁸ Ley 1341 de 2009, artículo 6.

¹⁶⁹ Ley 1341 de 2009, artículo 9.

operación de un sistema de telecomunicaciones o a la administración de un servicio de telecomunicaciones, sin los cuales no tendrían razón de ser¹⁷⁰.

ii) En el TLC vigente entre Colombia y los Estados Unidos se establecen las diferencias entre los servicios de telecomunicación y los servicios de información.

Según este Tratado, los servicios de información significan la oferta de una capacidad para generar, almacenar, transformar, procesar, recuperar, utilizar o hacer disponible información a través de las telecomunicaciones. Sin embargo, independiente del contenido de esta función, no son servicios de información los que incluyen el uso de dicha capacidad para la administración, control u operación de un sistema de telecomunicaciones o la administración de un servicio de telecomunicaciones.

De otra parte, según las voces del Tratado, los servicios de telecomunicaciones ofrecidos al público en general incluyen el servicio telefónico y la transmisión de datos, que típicamente incorporan información suministrada por el cliente, pero no incluyen servicios de información.

Por lo tanto, los servicios relacionados con el tratamiento de la información, denominados en el Tratado como servicios de Información y coincidentes con la legislación de los Estados Unidos, en los términos señalados, no son servicios de telecomunicaciones.

En la legislación nacional, podría entenderse que para efectos de las relaciones comerciales de los dos países, existe una diferenciación vigente entre los servicios de información y los de telecomunicaciones.

Si bien el Tratado incorpora en el art. 14.6 una anotación a pie de página en el sentido que cada parte podrá clasificar en su territorio cuáles servicios son servicios de información, lo cierto es que, según la información recopilada, la legislación nacional no ha incorporado contenidos temáticos o enunciativos diferentes a las definiciones consagradas en el Tratado sobre los servicios de Información, la cual tendría plena vigencia para los efectos señalados.

En el Estatuto de las TIC¹⁷¹, es clara la similitud entre los servicios de información a que alude el Tratado y los servicios vinculados a las TIC, en la medida en que no incorporen la función de transmisión propia de las telecomunicaciones, esto es, el tratamiento de la información mediante las ofertas de una capacidad para generar, almacenar, transformar, procesar y recuperar la misma.

iii) El contenido de la Ley 1341 de 2009, en varias de las instituciones y normas allí consagradas, tuvieron como modelo el régimen jurídico consagrado en las Directivas del Parlamento y del Consejo Europeo¹⁷², que

¹⁷⁰ Tanto en las recomendaciones de la UIT (servicios suplementarios prestados asociados a un determinado servicio de telecomunicación) como en doctrina comparada, se mencionan algunas de estas funcionalidades que son accesorias al servicio de telecomunicaciones, en especial, para el servicio de telefonía. Entre ellas, llamada en espera, el marcado rápido, desviación de llamadas, números pagos por llamada, llamadas de voz tradicionales a números gratuitos, etc. No existe en Colombia un desarrollo reglamentario sobre el tema.

¹⁷¹ Ley 1341 de 2009.

¹⁷² Entre otras, el régimen de habilitación general para prestar servicios de telecomunicaciones; la eliminación de la concesión como título habilitante; la no consagración en la norma superior de la

modificaron en forma sustancial las normas aplicables a las comunicaciones electrónicas¹⁷³.

En este marco, es importante advertir que en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se establece una distinción entre los servicios de comunicaciones electrónicas y los servicios de la sociedad de la información.

Se enuncian como servicios de la Sociedad de la información, aquellos prestados normalmente a cambio de una remuneración a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios, con la aclaración de que la regla relativa a estos servicios, no son aplicables en materia de servicios de telecomunicación.

Por lo tanto¹⁷⁴, la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismo el establecimiento del prestador del servicio. Por ello, estos servicios corresponden y tienen como uno de sus objetivos constituirse en un instrumento para la libre circulación de los servicios de la Sociedad de la Información y contribuir al funcionamiento del mercado interior, con una cobertura amplia de una variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea, entre ellas, el comercio electrónico¹⁷⁵.

Es importante advertir la similitud entre los servicios propios de la Sociedad de la Información en el derecho de la Unión Europea, y el régimen de los servicios vinculados a las TIC, en la legislación colombiana, en cuanto a que su acceso y uso son considerados pilares para la consolidación de la Sociedad de la Información y del conocimiento¹⁷⁶.

Como se observa, estos servicios de la Sociedad de la información atienden al contenido de la información transmitida, sin involucrar para su tipificación, los medios técnicos y las tecnologías utilizadas para prestar el servicio.

De otra parte, y con un régimen jurídico distinto, se incorpora la definición del servicio de comunicaciones electrónicas, ¹⁷⁷en la cual se distingue la función remunerada, relacionada principal o totalmente con el transporte de señales o servicios de transmisión. Quedan exceptuadas de este régimen los servicios relacionados con los contenidos transmitidos y los servicios de la Sociedad de la Información que no consistan en su totalidad o

clasificación de los servicios de telecomunicaciones; lo atinente al régimen de interconexión y las facilidades o instalaciones esenciales, la amplitud y fortalecimiento de las funciones de la autoridad nacional de regulación, orientada a establecer unas normas preventivas (*ex ante*) que permitan garantizar la competencia y controlar con obligaciones de discriminación positiva, al operador con posición significativa en el mercado o con posición dominante.

¹⁷³ En especial, las normas expedidas a partir de las Directiva 19 a 21 del 2002.

¹⁷⁴ Directiva 2000/31/CEE.

¹⁷⁵ Como se ha reiterado el contenido de la información transmitida no corresponde a un servicio de telecomunicaciones, como sucede con el comercio electrónico.

¹⁷⁶ Art. 3 de la Ley 1341 de 2009.

¹⁷⁷ Según la Directiva 2002/21/CE, el servicio de comunicaciones electrónicas corresponde al que consiste, "*en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos; quedan excluidos asimismo los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas*"

principalmente, en el transporte de señales, a través de redes de comunicaciones electrónicas.

Por consiguiente, aunque no con la claridad suficiente para efectos de la consulta, en la legislación de la Unión Europea se distinguen los servicios de comunicaciones electrónicas, caracterizadas en forma principal o total por el transporte o transmisión de señales, de los servicios que suministran contenidos y de los servicios de la sociedad de la información, los cuales atienden al contenido de la información transmitida, como sucede con el comercio electrónico y que no tienen como contenido principal o total el transporte de señales.

- iii) En la doctrina comparada y en la nacional¹⁷⁸ se reconoce la existencia del mercado único digital y de la regulación del ecosistema digital, consolidados a partir del desarrollo y consolidación del internet, como el eje de las comunicaciones electrónicas, donde se advierten los diferentes agentes en la cadena de valor, en la cual la conectividad, esto es, las telecomunicaciones, es apenas uno de los eslabones en esta cadena.

Por consiguiente, se distinguen los actores vinculados a un régimen intenso de intervención regulatoria, que prestan servicios de telecomunicaciones, y la existencia de nuevos actores que prestan servicios distintos o aún sustitutos de las telecomunicaciones¹⁷⁹. Estos actores y los servicios que prestan no se les aplican el régimen jurídico, ni las mismas obligaciones de los prestadores de los servicios de telecomunicaciones.

Entre estos nuevos actores se destacan: los propietarios de los derechos sobre los contenidos; los proveedores de servicios en línea; que distribuyen los contenidos a los usuarios de internet, basados en voz, correo electrónico, mensajería, portales de noticias, buscadores, etc; empresas de tecnologías habilitadoras que proporcionan servicios para el desarrollo de otras aplicaciones; los proveedores de conectividad a los usuarios que corresponden a las empresas de telecomunicaciones y las empresas que desarrollan el interfaz del usuario, y les suministran el dispositivo físico, como los ordenadores, smartphones, tabletas y aplicaciones de software¹⁸⁰.

- f) En forma excepcional y como ya se mencionó, algunos servicios que puedan incorporar tratamiento de información no tipifican un servicio de información, teniendo en cuenta su carácter incidental o suplementario a un

¹⁷⁸ Pérez Martínez, Jorge y Martín Núñez, José Luis. Regulación del Ecosistema Digital. En "El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC. Director. Edgar González López. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2017.

¹⁷⁹ El contenido de la definición de telecomunicación debe ser analizado respecto de los servicios prestados sobre la red (Over The Top: OTT), y su eventual función de trasmisión de datos. Puede verse, decisión del 12 de noviembre de 2015 de la Corte Administrativa de Colonia, entre BNetzA y Google's Gmail, en el cual el regulador consideró que el servicio OTT de correo electrónico (gmail) era un servicio de telecomunicaciones, según la legislación de ese país. La Alta Corte Administrativa del Norte de Rhine- Westphalia para resolver la apelación emitió una consulta a la autoridad judicial europea (ECJ), la cual está pendiente de decisión.

¹⁸⁰ Pérez Martínez, Jorge y Martín Núñez, José Luis. Regulación del Ecosistema Digital. En "El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC. Director. Edgar González López. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2017, pp, 1285 y ss.

servicio principal de telecomunicaciones, sin los cuales no tendrían razón de ser.

Algunas capacidades suministradas por un operador, analizadas en forma aislada, podrían tener similitud con los servicios de información, o vinculados al concepto de TIC. Sin embargo, mantendrán su calidad de servicios suplementarios o accesorios a las telecomunicaciones, por tratarse de servicios i) relacionados con la administración del sistema de telecomunicaciones, ii) que corresponden a la naturaleza de accidentales o accesorios a un servicio principal de telecomunicaciones y, iii) no alteran el carácter fundamental del servicio de telecomunicaciones. Se trata de funcionalidades o servicios que pueden incluir procesamiento informático y no dejan de ser servicios suplementarios o accesorios al servicio de telecomunicación principal¹⁸¹.

- g) De conformidad con lo expuesto, es posible afirmar que algunas actividades que incorporan el simple procesamiento y tratamiento de la información y que en el marco del Decreto ley 1900 de 1990 podrían considerarse como servicios de valor agregado, si cumplían los demás requisitos, estarían sujetos al régimen general de los servicios vinculados a las TIC, siempre y cuando no incorporen los servicios de transmisión de información y la responsabilidad por su prestación.

Esta conclusión no implica necesariamente la derogatoria de los servicios de valor agregado en la medida que se trate de servicios que correspondan a la definición del Decreto Ley 1900 de 1990, diferentes a las actividades mencionadas anteriormente.

Conforme a esta norma, serán servicios de valor agregado los que utilicen como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de estos y con ellos proporcionen la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.

Para la Sala, es importante resaltar que en la legislación colombiana, el servicio de acceso a internet corresponde a un servicio de telecomunicaciones, independiente de su calificación como servicio de valor agregado.

Además, se destaca que la calificación del servicio de acceso a internet como un servicio público de telecomunicaciones garantiza de mejor forma el interés general y los derechos de los ciudadanos en el entorno digital. No debe olvidarse que el internet corresponde a una verdadera revolución no solo de las comunicaciones, sino de la forma de vida de los ciudadanos, y especialmente de sus derechos sociales y políticos.

Desde este punto de vista, las sentencias proferidas por la Sección Primera del Consejo de Estado, en las cuales se determinó que los servicios de valor agregado se inscribían en el conjunto de servicios de telecomunicaciones, como una de sus clases, no pierden su vigencia, sin perjuicio, de que las actividades propias y exclusivas del tratamiento de la información en

¹⁸¹ Servicios como llamada en espera, marcación rápida, desviación de llamadas, etc.

vigencia del nuevo Estatuto de TIC deben considerarse como servicios vinculados a las TIC y no a las telecomunicaciones.

Por ello, debe acotarse que el contenido de los servicios de valor agregado, en cuanto impliquen exclusivamente el tratamiento de la información en los términos consagrados en los artículos 6 y 9 de la Ley 1341 de 2009, resultan parcialmente modificados a partir de la definición de TIC y de sus industrias¹⁸².

- h) Si en una misma comunicación, el proveedor suministra y responde tanto por la transmisión de la información (telecomunicación) como por el tratamiento y procesamiento de la misma, como regla general (servicios vinculados a las TIC), se trataría de dos servicios sometidos a regímenes jurídicos distintos¹⁸³.

3. El concepto de las aplicaciones y sus funcionalidades, consagradas en el régimen jurídico vigente, no permiten establecer su contenido y sus diferencias con los servicios de telecomunicaciones.

Las aplicaciones están reguladas en el Estatuto de TIC, y en la Resolución 202 de 2010 del MINTIC, de la siguiente manera:

a. La Ley 1341 de 2009, consagra las aplicaciones como uno de los bienes que hacen parte de las TIC, pero no establece su definición.

b. La Resolución 202 de 2010, con fundamento en la habilitación otorgada por el art. 6 de la Ley 1341 de 2009, define las aplicaciones como un servicio vinculado a las TIC, diferente de la telecomunicación y de los servicios de telecomunicaciones, pero no incluye los supuestos fácticos para su diferenciación con otros bienes y servicios, en especial con las telecomunicaciones o con las redes y servicios de telecomunicaciones¹⁸⁴

La definición incorporada en este acto administrativo amerita las siguientes observaciones:

- Las aplicaciones que corresponden a un bien y así son mencionadas en el Estatuto de TIC, son reguladas como un servicio según el texto de la

¹⁸² Estos fallos aludían a la clasificación jurídica de algunas actividades conforme al contenido del Decreto ley 1900 de 1990, que además establecían a título enunciativo, diferentes servicios, como el de acceso, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada. En los demás servicios que implican la transmisión de información se entendería vigente la norma y la interpretación dada por el Consejo de Estado. Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencias del 1 de febrero de 2001, del 24 de agosto del 2000 y 13 de septiembre de 2001.

¹⁸³ Es importante reseñar los argumentos del salvamento del magistrado Scalia en Estados Unidos, en la decisión del Tribunal Supremo de Justicia que calificó los servicios de internet que comportan tanto el acceso a internet de alta velocidad como otras funciones de tratamiento y procesamiento de información, como servicios de telecomunicaciones. Como se analizó en este concepto, para el Juez Scalia, aunque los proveedores de internet en muchas ocasiones prestan el servicio de acceso a internet de banda ancha junto con servicios de información, tales como el correo electrónico y almacenamiento en línea, el servicio de acceso a internet no se puede entender integrado a los servicios de información, pues ambos servicios son plenamente separables, al punto que el usuario percibe la oferta de cada uno de ellos. Por lo tanto, se concluye que, cuando los servicios de información (como el correo electrónico) son ofrecidos por un mismo operador con los servicios de acceso a internet de banda ancha, estos servicios integrados no convierten el servicio de acceso a internet de banda ancha en un servicio de información.

¹⁸⁴ Art. 1 de la Resolución 202 de 2010.

Resolución 202 de 2010. Según esta norma, las aplicaciones corresponden a un conjunto estructurado de actividades realizadas para responder a las necesidades de los usuarios.

- Se afirma que las aplicaciones o, mejor, los servicios de aplicaciones, corresponden a un conjunto de actividades realizadas para responder a necesidades de los usuarios, en una situación determinada, con diferentes fines (empresarial, educativo, comunicaciones personales, entretenimiento, etc.). Como puede inferirse, se incorporan conceptos generales y abstractos que pueden aplicarse a múltiples servicios en favor de usuarios, incluidos los servicios de telecomunicaciones.
- Sobre la segunda parte de la definición, cuando señala que una aplicación supone la utilización de soportes lógicos y físicos, aunque parece referirse al bien y no al servicio de aplicaciones, tampoco suministra los elementos de distinción con los bienes afectos a las telecomunicaciones.

En efecto, el uso de soportes o componentes físicos y lógicos también se predica de la red de telecomunicaciones, como lo señala la misma definición consagrada en la resolución¹⁸⁵ y por lo tanto, nada agrega para diferenciar las aplicaciones de las redes de telecomunicaciones.

Finalmente, el concepto de aplicaciones se refiere a que puede efectuarse de forma parcial o totalmente automática y que el acceso puede ser local o remoto. En este último caso, se necesita de un servicio de telecomunicación¹⁸⁶.

Por las razones expuestas, la Sala observa que la regulación actual sobre la definición de “aplicaciones”, no cuenta con los elementos de juicio que permitan diferenciarlas de las redes y de los servicios de telecomunicaciones. Por ende, tampoco es posible afirmar, según el ordenamiento jurídico vigente, que las aplicaciones corresponden al régimen jurídico general de las TIC, en forma independiente del régimen de las telecomunicaciones.

4. Los componentes técnicos derivados de las capas del modelo OSI permiten diferenciar funcionalidades propias del tratamiento de la información, en sus distintas modalidades y de los servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, los solos componentes técnicos no son suficientes para establecer su ubicación en el régimen jurídico general de los servicios vinculados a las TIC o de los servicios de telecomunicaciones. Es necesario, analizar el ordenamiento jurídico vigente.

¹⁸⁵ Resolución 202 de 2010 del MINTIC: RED DE TELECOMUNICACIONES: Conjunto de nodos y enlaces alámbricos, radioeléctricos, ópticos, u otros sistemas electromagnéticos, incluidos todos sus componentes físicos y lógicos necesarios que provean conexiones entre dos o más puntos, fijos o móviles, terrestres o espaciales, para cursar telecomunicaciones.

¹⁸⁶ El hecho de que la aplicación a nivel remoto necesite un servicio de telecomunicaciones o se soporte en él, parece similar a uno de los elementos analizados de la antigua definición de los servicios de valor agregado. Sin embargo, esta última definición incorpora otros elementos (satisface nuevas facilidades específicas de telecomunicaciones a los usuarios) que no se incorporan en la definición de aplicaciones.

Los conceptos técnicos aportados a la Sala explican en forma detallada que en las funcionalidades de las capas 5 a 7¹⁸⁷, se encuentran comprendidas las funcionalidades propias del tratamiento de la información, denominadas servicios informáticos¹⁸⁸, mientras que las capas inferiores corresponden, como regla general, a funcionalidades propias de la telecomunicación.

Como se ha expuesto, estas funcionalidades de las capas de la 5 a la 7 del modelo OSI, si bien corresponden como regla general a actividades propias del tratamiento de la información, en algunos casos también pueden presentarse vinculadas en forma accesoria o suplementaria a servicios de telecomunicaciones, como el telefónico o el telemático, y no por ello desvirtúa su naturaleza de telecomunicación^{189,190}.

Adicionalmente, aplicaciones específicas pueden corresponder a un sistema de telecomunicaciones. Así mismo, existen aplicaciones de señalización o de enrutamiento de la información que pueden hacer parte de la red de telecomunicaciones:

“(...) como parte de las funcionalidades propias de operación de una red de telecomunicaciones pueden existir aplicaciones específicas y especializadas que coadyuvan al funcionamiento de la red, como pueden ser los servidores de señalización en redes tradicionales, o los servidores de direcciones DNS en la internet”¹⁹¹.

Es decir, las funciones y protocolos necesarios para la operación de algunas aplicaciones también pueden hacer parte de una red de telecomunicaciones y, por lo tanto, no son exclusivos de los servicios de tratamiento de la información que se ubican en las capas 5 a 7 del Modelo OSI.

Por consiguiente, además de las funcionalidades propias de las capas del modelo OSI, para distinguir los servicios propios o vinculados al régimen general de TIC de los servicios de telecomunicaciones, la Sala considera que es necesario referirse al contenido del ordenamiento jurídico vigente y a las conclusiones y criterios de interpretación expuestos en este concepto.

¹⁸⁷ Que corresponden a las: capa 5, secuencia de control, incluido el establecimiento, terminación y monitoreo de la conexión lógica, la conmutación entre diferentes modos de operación de un servicio y el control de errores de transmisión que hayan podido ser rectificadas en las capas destinadas al transporte; la capa 6: funciones de presentación de la información transmitida, tales como texto y gráfica, formato y estructura de un documento y, capa 7: con funciones y protocolos para el control de las aplicaciones y para la edición y procesamiento del contenido de los mensajes de una comunicación. Esta capa también incluye la evaluación de la información relacionada con el mensaje para controlar el proceso de comunicación, tal como el tipo de información, la calidad de requerimientos, el nombre o dirección de la parte, autorizaciones y protección de datos (encriptación). CRC, Concepto 19 de enero de 2000, cit. Pp. 4-5.

¹⁸⁸ La Ley 1341 de 2009 y sus Decretos reglamentarios no consagran el concepto y definición de servicios informáticos.

¹⁸⁹ Así parece deducirse del estudio técnico de ACIEM, cuando indica que “(...) pueden existir aplicaciones específicas como parte de las funcionalidades propias de operación de una red de telecomunicaciones, que coadyuvan a su conocimiento”. Cit. p. 14.

¹⁹⁰ Cfr. Supra No 2 literal f) de estas conclusiones. Además, los servicios de telefonía por conmutación de circuitos o de paquetes, comportan el procesamiento y tratamiento de la información.

¹⁹¹ La naturaleza Técnica de los Servicios de Aplicación frente a los Servicios de Telecomunicaciones. (Documento Referencia), presentado por ACIEM a este Sala, para ser tenido en cuenta en esta consulta. P. 12

VI) El caso consultado: ubicación de los servicios de manejo y procesamiento de información. Los operadores de servicios financieros y de vigilancia y seguridad. Recomendaciones.

El Ministerio consultante estima necesario someter nuevamente a consideración del Consejo de Estado si los servicios informáticos de manejo y procesamiento de información que prestan algunos operadores configuran el hecho generador de la contraprestación periódica ordenada por el Estatuto de las TIC, y si la respuesta puede emitirse en forma independiente a si el proveedor de tales servicios está asumiendo o no ante el usuario la responsabilidad por la conexión y transmisión de datos. Al respecto, cita como ejemplos los servicios de telebanca, transacciones financieras a distancia y vigilancia y monitoreo de predios, prestados por algunas sociedades.

Así mismo, se indaga si una misma transmisión de datos hecha por un operador a un proveedor de contenidos y aplicaciones es objeto de una doble contraprestación periódica establecida en el Estatuto de TIC: Un pago de esta contraprestación, por quien ejecuta originalmente la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y otro pago de la misma, por parte del proveedor de contenidos que recibe los datos y los transforma a través de aplicaciones para beneficio del usuario final.

En forma concomitante con esta última pregunta, se desea conocer el criterio de la Sala en el sentido de si la contraprestación periódica señalada se causa tantas veces como haya beneficiarios de una conexión o transmisión o solamente en cabeza de quien ejecuta originalmente la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones.

El Ministerio consultante informa:

- i. Las normas reglamentarias que regulan actualmente el pago de la contraprestación consagrada en los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009; las definiciones consagradas por el MINTIC en la Resolución 202 de 2010, en ejercicio de la habilitación legal conferida por el Estatuto de las TIC, en cuanto a lo que debe entenderse como proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones (PRST). A partir de las mismas, considera que el denominador común para determinar quién es el proveedor de las redes y servicios de telecomunicaciones es la responsabilidad que se asume frente a terceros¹⁹², por la provisión de estos servicios y redes.
- ii. La situación de los servicios de telecomunicaciones antes y después de la Ley 1341 de 2009 en cuanto a los servicios telemáticos y de valor agregado regulados en el anterior Decreto Ley 1900 de 1990 y las dudas de si tales servicios fueron derogados con la nueva normatividad, teniendo en cuenta además las definiciones contenidas en la Resolución citada del MINTIC.

Para la entidad pública las instituciones de provisión de aplicaciones y contenidos y provisión de servicios de telecomunicaciones son incompatibles en cabeza de una misma persona, teniendo en cuenta, además, las diferentes obligaciones de acceso a la red, que ha establecido la CRC en su Resolución 3501 de 2011.

¹⁹² Corresponde a la definición consagrada en el art. 1 de la Resolución de 2010 del MINTIC.

- iii. La importancia de diferenciar un servicio de aplicación de un servicio de telecomunicaciones, para lo cual alude al concepto del 8 de marzo de 2015 emitido por la CRC, y la conclusión de esta autoridad en el sentido de que un servicio no puede ser simultáneamente de telecomunicaciones y de aplicación.
- iv. La conclusión sobre la inexistencia del pago de la contraprestación ordenado por el Estatuto de las TIC para la provisión de contenidos y aplicaciones.

Para el efecto, trae a colación el hecho de poder satisfacer la necesidad final del usuario mediante dos prestadores de servicios diferentes: uno que provea la red de telecomunicaciones y otro que provea el servicio de aplicación soportado en la red, evento en el cual, estima que el único obligado a pagar la contraprestación debería ser el responsable de suministrar la red.

En el mismo sentido, se plantea la hipótesis de que una misma persona tenga las calidades de PRST y proveedor de contenidos y/o aplicaciones para satisfacer un servicio complejo al usuario final que tiene componentes de ambas actividades. Para la entidad consultante, en este caso, se debe establecer qué ingresos se derivan de la provisión de redes y servicios para generar la contraprestación, y no deberían incluirse los derivados de los contenidos y aplicaciones.

Para resolver los interrogantes formulados por el MINTIC y analizar las consideraciones expuestas como fundamento de la misma, la Sala tomará como punto de referencia el análisis y conclusiones del régimen de telecomunicaciones y de TIC en el ordenamiento jurídico nacional expuesto en el numeral anterior, los cuales guardan plena consonancia con la consulta formulada y el correspondiente dictamen.

En forma previa al análisis y respuesta a la consulta presentada, es menester aclarar que los interrogantes deben analizarse en forma general a la luz de la interpretación sistemática del régimen jurídico vigente, que permita establecer los criterios para distinguir cuándo es aplicable el régimen jurídico de las telecomunicaciones o el régimen jurídico general de los servicios vinculados a las TIC.

De esta forma, corresponderá al MINTIC, para cada caso concreto, determinar si se cumplen los supuestos fácticos y jurídicos enunciados¹⁹³, con el fin de dilucidar si los servicios de los distintos operadores se enmarcan en una u otra categoría, y por ende, si están obligados al pago de la contraprestación periódica que establecen los arts. 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009.

Del análisis y conclusiones expuestas puede señalarse que:

1. De acuerdo con el régimen jurídico vigente, para determinar si una persona que provee determinados servicios y redes en el sector de TIC, está cobijado

¹⁹³ Por esta razón, no se hará referencia al caso particular de las empresas enunciadas en la consulta del MINTIC. De manera adicional, porque un análisis de este tipo implicaría un análisis de las condiciones específicas, técnicas y jurídicas en que cada proveedor presta sus servicios a diferentes clases de usuarios.

por el régimen jurídico de los servicios públicos de telecomunicaciones, incluido pero no limitado al pago de la contraprestación a que se refieren los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC, es necesario establecer, como elemento esencial, si asume la responsabilidad por la operación de las redes y/o la provisión de los servicios de telecomunicaciones a terceros¹⁹⁴.

Esta responsabilidad por la operación y prestación de los servicios y redes de telecomunicaciones debe corresponder a una función de transmisión de la información a terceros en sentido genérico (emisión, transmisión y recepción), independiente de que las redes y servicios sean propias o de terceros.

Como se observa, más allá de la propiedad de la red o de quién provee el servicio lo que prima en criterio del legislador y de sus desarrollos reglamentarios y normativos, es determinar quién es el operador, esto es, el responsable de la gestión del servicio y de la transmisión de la información.

Cuando se alude al concepto de responsabilidad por la prestación del servicio de telecomunicaciones, debe entenderse frente a las obligaciones que contrae el proveedor con las autoridades y con los usuarios:

Habría una responsabilidad frente al MINTIC por el pago de la contraprestación periódica a que aluden los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC¹⁹⁵; una responsabilidad frente a la CRC, en cuanto sus funciones de intervención en la prestación de estos servicios, para garantizar el derecho a la competencia y maximizar el bienestar de los usuarios, según el artículo 22 del Estatuto de TIC¹⁹⁶. Finalmente, una responsabilidad frente al usuario, con las garantías que debe otorgar para su protección y el reconocimiento de sus derechos con

¹⁹⁴Las normas legales y reglamentarias son claras y expresas en este punto. Pueden verse: Decreto Ley 1900 de 1990, artículo 2, el cual no es contrario al Estatuto actual, y determina el concepto de operador como al responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones; Decreto 4948 de 2009, artículo 3, el cual define al PRST como la persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros; Decretos 542 de 2014 y 1078 de 2015, artículos 2 y 3, los cuales establecen qué se entiende por provisión de servicios de telecomunicaciones, esto es, 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; Resolución 202 de 2010 del MINTIC, artículo 1, el cual define al PRST como la persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros. En consecuencia, según esta norma, todos aquellos proveedores habilitados bajo los regímenes legales previos se consideran cobijados por la presente definición; Resolución 3501 de 2011 de la CRC, artículo 3.8, el cual define a los PRST exactamente de la misma forma.

¹⁹⁵ En concordancia con la Resolución del MINTIC que fija el monto de estas contraprestaciones. Puede verse: Resolución 290 del 26 de marzo de 2010, artículo 2, la cual establece un monto del 2.2% sobre los ingresos brutos causados por la provisión de redes y/o servicios de telecomunicaciones excluyendo terminales, del respectivo proveedor, a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FONTIC).

¹⁹⁶ En especial el PRST está sujeto al ejercicio de la intervención del Estado mediante la CRC, tales como las normas sobre el derecho a la competencia; obligaciones de interconexión y acceso a las redes, instalaciones esenciales, coubicación y recursos físicos; a la regulación de sus redes y el acceso a los mercados, al uso de la infraestructura; a la definición de los mercados relevantes que establezca el órgano regulador, a la facultad de resolver las controversias que tiene el regulador y de imponer las servidumbres y fijar de oficio o a solicitud de parte las condiciones de acceso y uso de interconexión; la de solicitar los recursos de numeración según la reglamentación de la CRC; la regulación de sus tarifas al público cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla en el mercado o la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos y finalmente el pago de la contribución a la CRC para recuperar los costos del servicio de regulación que presta. (Artículos 22 a 24 de la Ley 1341 de 2009).

relación a los servicios prestados, en los términos del artículo 53 del Estatuto de TIC y el desarrollo reglamentario de la CRC.

Por lo tanto, si los servicios que presta una persona jurídica comerciante, como se indaga en los interrogantes, comporta la transmisión del contenido de la información y esta persona responde por esta telecomunicación, deberá cancelar la contraprestación periódica a que se refieren los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC.

2. Los servicios y actividades que realice una persona jurídica, relacionadas con el tratamiento de la información, como el manejo y procesamiento de la misma, por regla general, corresponden al régimen jurídico general de los servicios vinculados a las TIC, y no al régimen de los servicios de telecomunicaciones, salvo que comporten la transmisión de la información y la asunción de responsabilidad por la misma.

La oferta de una capacidad para generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar o hacer disponible información, a través de las telecomunicaciones, tiene consonancia además con la definición de los servicios de información acogida por Colombia para efectos de la aplicación del TLC con los Estados Unidos, y que se diferencia de los servicios de telecomunicaciones.

Si los servicios de tratamiento de la información, mal denominados servicios de aplicación por las razones expuestas en este concepto, se soportan o hacen uso de un servicio de telecomunicaciones (generalmente el servicio portador), es lógico inferir que existen dos servicios y ninguno pierde su naturaleza jurídica, ni tampoco puede afirmarse que el mismo servicio es en forma simultánea servicio de contenido o tratamiento de la información y servicio de telecomunicaciones¹⁹⁷.

Por consiguiente, la provisión exclusiva de los contenidos o de las funcionalidades para realizar el tratamiento de la información (compilarla, procesarla y almacenarla), no está sujeta a la contraprestación consagrada en el Estatuto de las TIC para los servicios de telecomunicaciones.

Si la provisión de contenidos o de procesamiento y tratamiento de la información comporta además el servicio de transmisión de la información, con su inherente responsabilidad, cada uno de estos servicios estará sujeto a un régimen de derechos y obligaciones distinto. En cuanto al pago de la contraprestación periódica, solo se predicará del servicio de telecomunicaciones.

Como excepción, pueden existir servicios suplementarios o accesorios al servicio de telecomunicación que impliquen tratamiento de la información, que por el carácter de incidentales o accesorios al servicio principal y por no alterar el carácter fundamental del mismo, se entienden vinculados a la operación del servicio de telecomunicaciones, sin los cuales aquellos no tendrían razón de

¹⁹⁷ El empaquetamiento de servicios de una u otra naturaleza para su ofrecimiento conjunto, no desnaturaliza las características y régimen jurídico de cada uno de ellos. Así, si existe el servicio de telecomunicación para la transmisión de la información, el hecho de agregar al mismo, funcionalidades para el procesamiento y manejo de la información, no elimina su naturaleza jurídica de telecomunicación y las obligaciones y derechos correspondientes propios de este servicio público.

ser. Esta situación se observa en forma específica en el servicio telefónico, según las consideraciones expuestas.

Según la información general contenida en la consulta, los servicios de manejo y procesamiento de la información de algunos operadores, en los términos expuestos, parecen corresponder a la regla general de servicios vinculados al régimen de TIC y no a la excepción planteada, la cual debe interpretarse en sentido restringido. Corresponderá al ente rector del sector analizar cada caso concreto.

3. Con fundamento en estos elementos de juicio, la entidad pública deberá determinar para cada caso cuál es la función que presta la persona jurídica desde el punto de vista de su contenido técnico y cuál es su responsabilidad en cada caso concreto.

Para la Sala no es posible, con el contenido de la información y no es la finalidad de la consulta, detallar cada una de las actividades que realicen los múltiples prestadores de servicios financieros, de seguridad, de vigilancia o de otra naturaleza, o las diferentes modalidades que para su prestación realice cada empresa, y los negocios jurídicos que celebren con sus distintos usuarios.

Además de las características particulares que pueda tener cada empresa en sus componentes técnicos y funcionales para la provisión de sus propios servicios, sería necesario determinar si la respectiva empresa asume la responsabilidad frente al usuario por la transmisión de la información (telecomunicación), o solo asume la responsabilidad por el tratamiento o procesamiento de la información que realiza.

Como se observa, la calificación de un servicio de telecomunicaciones dependerá de las condiciones de los diferentes negocios jurídicos que celebre con sus usuarios y de la responsabilidad que asuma en cada uno de ellos, propias de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual en tratándose de usuarios de los servicios.

Ahora bien, si el operador del servicio financiero, de vigilancia y monitoreo de alarmas, o de otra índole, guarda silencio respecto de quién asume la responsabilidad por el servicio de transmisión de la información, debe entenderse que este operador es el responsable del servicio de telecomunicaciones frente a los usuarios y frente a las autoridades del sector por el pago de la contraprestación periódica, entre otras obligaciones.

4. Una transmisión de datos hecha por un operador (PRST) para un proveedor que preste exclusivamente contenidos o servicios de tratamiento de la información¹⁹⁸, genera una única contraprestación para quien presta los servicios de transmisión de datos, por tratarse de un servicio de telecomunicaciones.

Como se mencionó, el procesamiento y actividades propias del tratamiento de la información para beneficio del usuario no desnaturaliza el servicio de telecomunicaciones de transmisión de la información por medios

¹⁹⁸ Por las razones expuestas en este concepto, no se hace referencia a las aplicaciones, pues el contenido normativo de su definición no permite establecer elementos de juicio de carácter jurídico para diferenciarla o asimilarla a los bienes afectos a las telecomunicaciones y a los servicios de telecomunicaciones.

electromagnéticos, y a cada uno le es aplicable el correspondiente régimen jurídico.

Si el operador de contenidos o aplicaciones en forma adicional transmite un servicio o la información procesada y responde por ella, estará prestando un servicio de telecomunicaciones, independiente del servicio portador que pueda prestarle un PRST para su transporte, como ya se analizó en este concepto.

En otras palabras, si el proveedor además de los servicios propios de procesamiento y manejo de la información, presta un servicio de transmisión de la misma, se tipificará un servicio de telecomunicaciones, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias vigentes. En este caso, la obligación de pago de la contraprestación se causará únicamente sobre los ingresos brutos recibidos por el servicio público de telecomunicaciones que presta, el cual estará sometido en sus tarifas y condiciones a las reglas propias del Derecho a la competencia y a la regulación de la CRC.

El número de beneficiarios de la conexión o transmisión, o de un solo proveedor que ejecuta originalmente la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, en los términos de la segunda pregunta, no inciden en la calificación jurídica del servicio de telecomunicaciones y, por ende, en la causación de la contraprestación periódica que deben pagar los PRST de estos servicios.

Así las cosas, lo que corresponde analizar en cada caso concreto, para determinar la tipificación de un servicio de telecomunicaciones y la correspondiente obligación del pago de la contraprestación por parte del PRST, es la existencia de una emisión, transmisión o recepción de información, punto a punto o punto a multipunto¹⁹⁹, mediante sistemas electromagnéticos y a favor de los usuarios, así como la inherente responsabilidad por su provisión.

Por consiguiente, la contraprestación periódica será una obligación de quien realice y responda por la transmisión de datos, y no existirá una doble contraprestación o una contraprestación a cargo del proveedor de contenidos que realiza el procesamiento de los datos para beneficio del usuario final, en la medida en que no comporte y responda por la emisión, transmisión o recepción de la información.

5. Uno de los objetos fundamentales del Estatuto de las TIC es la protección de los derechos de los usuarios, el cual corresponde a un principio orientador de la Ley 1341 de 2009, el cual tiene además un carácter prevalente en su interpretación, junto con el derecho a la competencia, respecto de otros principios. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en los arts. 2 y 7 de la ley.

La protección y garantía de este principio es una obligación del Estado y de todos los operadores de servicios de TIC y de telecomunicaciones.

Por lo tanto, a los PRST, en el caso de los servicios de telecomunicaciones, les será aplicable el régimen de protección de usuarios y los derechos

¹⁹⁹ Punto a punto es la transmisión de la información de un operador a un usuario (servicio telefónico). Punto a multipunto es la transmisión de la información de un operador a un número plural de receptores o usuarios (servicio de televisión o radio).

mínimos consagrados en el art. 53 de la Ley 1341 de 2009, además de las normas regulatorias.

Por su parte, el hecho de que la ley no haya desarrollado el principio orientador y prevalente de protección de los usuarios de TIC, no implica que estos no tengan garantía y protección. Sin embargo, la ley establece los fines de intervención del Estado en las TIC y consagra la función general de la CRC para establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios.

Para el caso específico de la consulta, el proveedor de contenidos y tratamiento de la información, aunque pueda no asumir responsabilidad por la transmisión de la información que se genere, debe responder por los derechos y garantías mínimas de los usuarios, conforme a los principios y reglas de la Ley 1341 de 2009 y, en lo no regulado en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias, por el Estatuto de Protección del Consumidor.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

IV. LA SALA RESPONDE:

1. *“¿A la luz de la Ley 1341 de 2009, actual norma rectora del sector TIC, y sus disposiciones reglamentarias y regulatorias, ¿los servicios informáticos de manejo y procesamiento de información que prestan algunos operadores (de la naturaleza de telebanca, transacciones financieras a distancia, vigilancia y monitoreo de predios, tales como Redeban, Servibanca, empresas de Seguridad, por ejemplo), configuran el hecho generador de la contraprestación periódica en los términos de los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009, estén o no asumiendo ante el usuario la responsabilidad por la conexión y transmisión de datos?”.*

A la luz del ordenamiento jurídico vigente, los servicios de manejo y procesamiento de la información que puedan prestar algunos operadores, según las características específicas de cada uno, no configuran por sí mismos la naturaleza de un servicio de telecomunicaciones, ni generan la contraprestación periódica consagrada en los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC.

No obstante, si en forma adicional a los servicios de manejo y procesamiento de información, el mismo proveedor presta servicios de emisión, recepción y transmisión de la información, con la responsabilidad inherente a su provisión, se configura un servicio público de telecomunicaciones, con las obligaciones y derechos propios de la calidad de PRST, incluido el pago de la contraprestación periódica mencionada en la pregunta, de conformidad con el régimen jurídico vigente y las consideraciones expuestas.

La calidad de PRST y de sus correspondientes obligaciones dependerá de si el proveedor asume la responsabilidad ante los usuarios y ante las autoridades administrativas por la transmisión de la información, esto es, por el servicio de telecomunicaciones.

2. *¿Una misma transmisión de datos que es hecha por un operador para un proveedor de contenidos o aplicaciones y de la cual se beneficia un usuario final, ¿es objeto de una doble contraprestación periódica de la que hablan los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009: una en cabeza de quien ejecuta originalmente la provisión de redes y servicios de*

telecomunicaciones y otra en cabeza del proveedor de contenidos que recibe los datos los transforma a través de aplicaciones para beneficio del usuario final de todo el proceso? ¿Se causaría la contraprestación periódica a la que se refieren los artículos 10 y 36 de la misma Ley 1341 de 2009 tantas veces como haya beneficiarios de una conexión o transmisión?”.

El número de beneficiarios de una conexión o transmisión no constituye ni genera por sí sola la causación de la contraprestación periódica a que se refieren los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC.

Sobre la parte de esta pregunta, que tiene como objetivo determinar si se causa una doble contraprestación, una a cargo del operador que transmite la información, y otra a cargo del proveedor de contenidos y de tratamiento de la información, la Sala se remite a la respuesta dada a la primera pregunta y a las consideraciones expuestas en este concepto.

De todas maneras, independiente del tipo de servicio que se preste, de contenidos, de manejo y procesamiento de información, o de telecomunicaciones, en los términos expuestos en este concepto, el proveedor debe responder por los derechos de los usuarios en los términos consagrados en la Ley 1341 de 2009 o en sus normas supletorias.

Remítase al señor Ministro de TIC y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

OSCAR DARIO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala