

Ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC –*

Sergio Roberto Matias Camargo**
Universidad Libre. Bogotá D.C.
smatias_investiga@unilibre.edu.co

RESUMEN

El 30 de julio de 2009 fue sancionada por el Presidente de la República Álvaro Uribe, la Ley 1341, de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Constituye un salto adelante en la extensión y profundización de la política pública de liberalización, privatización y desnacionalización de las telecomunicaciones en Colombia, se adecua a los requerimientos del mercado libre y a la internacionalización de la economía, adaptándose a lo establecido en los principios de la OMC., de su Acuerdo General sobre Comercio de Servicios y en el Tratado de Libre Comercio, suscrito entre los Gobierno de Colombia y de los Estados Unidos. En su estudio, se aplica un enfoque interdisciplinario, apoyado en la Sociología Jurídica, la Ciencia Política y en los Métodos Cualitativos.

PALABRAS CLAVE

Tecnologías, información, comunicaciones, liberalización, privatización.

ABSTRACT

On July 30, 2009, the President of Colombia, Mister Álvaro Uribe Vélez, signed the Information Technologies and Communications Law #1341. This Law is a big leap forward to extend and to deepen into the public liberalization, auction and deprivation of Colombia Rights, about its own telecasting and communication systems.

This Law fulfill and adapts the requirements of the free market and global economy, according with the principles established by the WTO; it had arisen from General Agreement on Trade in Services and the Free Trade Agreement , subscribed by the governments of Colombia and The United States of America. This Article focuses on a disciplined interaction, built-in juridical sociology, political science and qualitative methods.

KEY WORDS

Technologies, information, communication, deprivation.

Fecha de recepción del artículo: 11 de agosto de 2009.

Fecha de aceptación del artículo: 16 de septiembre de 2009.

* **El presente artículo expone resultados de la investigación terminada y de la correspondiente tesis doctoral titulada, *La política pública de liberalización y privatización de las telecomunicaciones en Colombia, desarrolladas en el Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia.***

** Abogado, Especialista en Derecho Constitucional, Docente de Ciencia Política y de la Maestría en Derecho Administrativo e Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá. Especialista en Derecho Público, Sociología y Ciencia Política de las Universidades Externado de Colombia, Complutense de Madrid y de Estudios de Milán. Magíster en Investigación Social Interdisciplinaria de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Candidato a Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Director del Grupo *Servicios Públicos, Derecho y Sociedad*, reconocido por Colciencias como Grupo Colombiano de Investigación Científica, Tecnológica e Innovación, escalafonado en la Categoría D. Editor de la revista *Diálogos de Saberes*, escalafonada en la Categoría C de Colciencias.

sergiomatias@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Después de sus trámites y aprobación en el Congreso de la República, el 30 de julio de 2009 fue sancionada por el Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, la Ley 1341, *Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*. Fue promulgada en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009.¹

Esta Ley de iniciativa gubernamental, fue promovida de manera especial por la actual Ministra de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como ahora se denomina en la nueva normatividad, María del Rosario Guerra y por Andesco (Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y actividades complementarias e inherentes).

La Ley de las TIC, derogó la casi totalidad de la normatividad vigente del sector de las telecomunicaciones,² excepción hecha de la

relacionada con la televisión y los servicios postales, que continuará rigiéndose por las normas especiales, y sustrajo de la Ley 142 de 1994 los servicios de telefonía Pública Básica Conmutada TPBC (local, local extendida, larga distancia nacional e internacional) y la móvil en el sector rural, todo lo cual quedó bajo la regulación de la nueva normatividad.

Se presenta un estudio de los más importantes ejes temáticos del nuevo ordenamiento legal, de su naturaleza y del impacto que tiene en las telecomunicaciones colombianas y en sus usuarios. De igual manera, de su relación con política pública de liberalización, privatización y desnacionalización de las telecomunicaciones en Colombia, y de su adecuación a lo establecido en los principios de la OMC, su Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, y al Tratado de Libre Comercio, suscrito entre los Gobierno de Colombia y de los Estados Unidos. En cuanto al TLC, se hará una breve referencia, ya que fue estudiado y divulgado ampliamente en dos artículos anteriores, publicados en la revista *Diálogos de Saberes*.³

El artículo se presenta de la siguiente forma:

Introducción.

El Capítulo 1, sobre el planteamiento del problema de investigación, resumido en dos preguntas.

El Capítulo 2, trata de la estrategia metodológica, indicando los métodos, las fuentes y las técnicas de investigación utilizados.

El Capítulo 3, presenta un nuevo avance de la investigación terminada, bajo el título de Resultados y hallazgos.

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1341 de 2009, (Julio 30) Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1341_2009.html 24/08/09.

² Artículo 73. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, con excepción de los Artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 36, 68 con excepción de su inciso 1º, los cuales empezarán a regir a partir de los seis meses siguientes a su promulgación y regula de manera integral el sector de la Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 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 1996, 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 a 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 6º. 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.

³ MATIAS CAMARGO, Sergio Roberto. Telecomunicaciones y Tratado de Libre Comercio. *Diálogos de Saberes*. No. 28. Enero-Junio de 2008 p. 67-84. Telecomunicaciones y Tratado de Libre Comercio. *Diálogos de Saberes*. No. 28. Enero-Junio de 2008. p. 67-84. Telecomunicaciones, Tratado de Libre Comercio y Constitucionalidad. *Diálogos de Saberes*. No. 30. Enero-Junio de 2009. p. 13-37.

Finalmente, contiene las Conclusiones y la Bibliografía utilizada.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El Problema de la investigación, se resume en las siguientes preguntas:

1.1 ¿Qué impacto tienen el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC y el Tratado de Libre Comercio, suscrito entre los Gobierno de Colombia y de los Estados Unidos de América en las telecomunicaciones colombianas?

1.2 ¿Qué impacto tienen la aprobación y vigencia de la Ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, en las telecomunicaciones colombianas y en sus usuarios?

2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

2.1 Métodos

En lo metodológico se aplican los métodos cualitativos, así como el enfoque socio jurídico e interdisciplinario.

2.2 Fuentes y técnicas de investigación

En la determinación del impacto del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la OMC y el Tratado de Libre Comercio, suscrito entre los Gobierno de Colombia y de los Estados Unidos en las telecomunicaciones colombianas, se utilizarán los textos oficiales de los correspondientes Tratados Internacionales y los de su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano.

En cuanto al impacto de la aprobación y vigencia de la Ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, en las telecomunicaciones colombianas y en sus usuarios, se estudiarán los documentos oficiales del Proyecto de Ley y de su texto aprobado. Igualmente, se tendrán en cuenta los documentos relacionados con el punto de vista de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

3. RESULTADOS Y HALLAZGOS

3.1 La Globalización y las telecomunicaciones

Las telecomunicaciones, se han liberalizado y privatizado y estos procesos han sido impulsados por las organizaciones internacionales promotoras de la Globalización neoliberal, como la OMC y su Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, sus Anexos y Decisiones sobre Telecomunicaciones, que han sido los instrumentos jurídicos y políticos para su adecuación a las nuevas corrientes mundiales de la expansión capitalista.

En Colombia, la adecuación a la internacionalización de la economía, de ajuste a la Globalización neoliberal, se inició desde el inicio de los años noventas del siglo XX, y ya han cumplido dos décadas de aplicación, con balance negativo para la economía, para el desarrollo social y para el bienestar de los colombianos, como se pone en evidencia con la crisis actual de la economía. La tendencia predominante de las dos últimas décadas, transita hacia la eliminación de la participación del Estado en la prestación de los servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios) y su reemplazo por los particulares. El Estado se queda con las facultades de regulación, control y vigilancia.

Con mucha fuerza, se aplican estas concepciones del fundamentalismo del mercado en el sector de las telecomunicaciones, en este importante “negocio” estratégico, en expansión y crecimiento acelerados, que tiende hacia la concentración en oligopolios o monopolios privados, criollos o transnacionales, que se reparten el cuantioso y rentable mercado nacional.⁴ En aplicación de las políticas públicas de liberalización y

⁴ Por ejemplo, el mercado nacional de la telefonía móvil, el de mayor expansión y crecimiento del sector, concentrado en tres oligopolios transnacionales. Comcel, de propiedad de Carlos Slim, el segundo hombre más rico del mundo, según la revista Forbes; Movistar de propiedad de Telefónica de España, también propietaria de Telecom y Tigo de propiedad de la transnacional luxemburguesa Millicom International Cellular.

de privatización de las telecomunicaciones, se privatizó COLTEL (antigua TELECOM) entregándose el control de la Junta Directiva y de la empresa a la transnacional española Telefónica Internacional SAU. Se están dando pasos en la misma dirección, por parte de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.,⁵ UNE (Empresas Públicas de Medellín S.A. E.S.P., Telecomunicaciones) y Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. (Telecomunicaciones) marchándose hacia la reducción de la participación estatal y hacia la configuración de un conjunto de dos o tres oligopolios extranjeros, que controlen el mercado de las comunicaciones en Colombia, bajo el eufemismo de “socios” o “inversionistas estratégicos.”

El ordenamiento jurídico de derecho público, se reemplaza por el de derecho privado y la jurisdicción especializada o contenciosa administrativa, se reemplaza por la ordinaria, (civil o comercial) con predominio de criterios privatistas y de rentabilidad financiera, cada día más alejados de la función social del Estado y de la propiedad y más adecuados a la lógica del mercado libre, en una economía y un derecho globalizados. El jurista y docente de la Universidad Externado de Colombia, Alberto Montaña Plata, refiriéndose al proceso de la extinción del derecho público y su reemplazo por el derecho privado, expresa con claridad: “Tratándose del régimen jurídico de las actuaciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios -dice- el legislador optó por una regla general de derecho privado y sólo excepcionalmente por la procedencia del derecho público y específicamente administrativo. Esta posición bastante discutida de la ley fue considerada ajustada a la Constitución por nuestra Corte Constitucional.”⁶

⁵ BOGOTÁ D.C. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Proceso de selección de un inversionista estratégico para la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Reglamento del Proceso. <http://www.etb.com.co> 09/09/09.

⁶ “Este tema ha sido desarrollado en distintos fallos. Sin embargo resulta particularmente interesante lo expuesto en la Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz. Se indica

3.2 La OMC y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

3.2.1 La Organización Mundial del Comercio

La OMC se define ella misma como aquella que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre países a nivel mundial. Es una organización para liberalizar el comercio. Es un foro para que los gobiernos negocien acuerdos comerciales. Es un lugar para que resuelvan sus diferencias comerciales. Aplica un sistema de normas comerciales.⁷

Como puede observarse, la OMC se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Su objetivo central es la liberalización del comercio a nivel mundial y para ello aplica un sistema de normas comerciales, que obliga a todos los Estados Miembros. Para lograr sus objetivos, se propone un *Comercio sin discriminaciones*, poniendo en práctica los principios de *Nación más favorecida*, *Trato nacional: igual trato para nacionales y extranjeros*, *Comercio más libre: de manera gradual, mediante negociaciones y. Previsibilidad: mediante consolidación y transparencia*.⁸ Los Tratados de Libre Comercio, son instrumentos jurídicos inspirados y orientados en estos principios liberalizadores y el Tratado de Libre Comercio, suscrito entre el Gobierno de Colombia y el de los Estados Unidos, así lo confirma.⁹

De hecho, la acción de la OMC va mucho más allá del comercio internacional, de la

por la Corte que igualmente constitucional hubiera resultado una posición contraria, es decir, de derecho privado, (sic) ya que se trata de una capacidad del legislador.” MONTAÑA PLATA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. 2ª. Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p.220.

⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Entender la OMC: Información básica. ¿Qué es la Organización Mundial del Comercio? http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm 28/09/09.

⁸ *Ibid.*

⁹ MATIAS CAMARGO, Sergio Roberto. Telecomunicaciones y Tratado de Libre Comercio. *Op. Cit.*

eliminación gradual de los aranceles y de la eliminación de las trabas administrativas y reglamentarias, que contengan las legislaciones nacionales. Promueve y presiona la internacionalización de la economía, la inversión extranjera directa, la privatización y desnacionalización de las empresas estatales y de los servicios públicos, la desregulación y la libertad de los precios, la eliminación de los subsidios, la minimalización de las facultades estatales de control y vigilancia.

El sistema de normas de la OMC, se constituye en un ordenamiento jurídico mundial de obligatoria aplicación, de carácter supranacional y rígido, que predomina sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, empezando por sus Constituciones Políticas. Es el ejemplo más representativo de la “globalización” del derecho, en los términos de la liberalización, de la desregulación y de la privatización de las empresas del Estado y de los servicios públicos, de la internacionalización de la economía, es decir, desde los principios del neoliberalismo, del cual la OMC se ha convertido en una organización mundial promotora.

Para Jairo Estrada, “La OMC se ocupa del proyecto de lo que he denominado la *constitución del mercado total*. Su propósito inicial se encuentra definido en términos de liberalización del comercio de bienes y servicios, mediante políticas tendientes a la desgravación arancelaria, la eliminación de barreras administrativas al movimiento de mercancías, la supresión de subsidios, las subvenciones y otras prácticas proteccionistas del comercio.”¹⁰

3.2.2 El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y las Telecomunicaciones

Los servicios, y como parte de ellos los de Telecomunicaciones, por su importancia estratégica y económica en el mundo de hoy, se han convertido en uno de los sectores pre-

dilectos para aplicar las políticas de liberalización y privatización y para el cumplimiento de ese objetivo se ha suscrito por la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, sus Anexos y sus Decisiones.

3.2.2.1 El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. El 15 de abril de 1997, en Ginebra (Suiza) sede de la Organización Mundial de Comercio (OMC) fue suscrito por sus Miembros el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

En cuanto a su Alcance y definición, el Acuerdo se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios, entendiéndose por éstos, “todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales” que, “significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.” (Art. I).¹¹

Desde el preámbulo del Acuerdo, los Miembros de la Organización Mundial de Comercio, expresan de manera clara que su objetivo fundamental es la *liberalización* del comercio de los servicios a nivel mundial, como eje central de su regulación. Igualmente, su unificación sobre la base de estos principios, “dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países.”¹²

Los Miembros,
Reconociendo la importancia cada vez mayor del comercio de servicios para el crecimiento y el desarrollo de la economía mundial;

Deseando establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo; Deseando el

¹⁰ ESTRADA, Jairo. Instituciones del orden neoliberal y Tratados de Libre Comercio. <http://www.espaciocritico.com/articulos/Je-a20.htm> 24/09/08.

¹¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm 26/09/09

¹² *Ibid.*

pronto logro de niveles cada vez más elevados de liberalización del comercio de servicios a través de rondas sucesivas de negociaciones multilaterales encaminadas a promover los intereses de todos los participantes, sobre la base de ventajas mutuas, y a lograr un equilibrio general de derechos y obligaciones, respetando debidamente al mismo tiempo los objetivos de las políticas nacionales; Reconociendo el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho, dadas las asimetrías existentes en cuanto al grado de desarrollo de las reglamentaciones sobre servicios en los distintos países; (...) ¹³

En la Parte IV Liberalización Progresiva (Artículos XIX, XX y XXI) el Acuerdo establece las bases para la liberalización progresiva del sector de los servicios, mediante sucesivas rondas de negociaciones y la confección de listas nacionales. Permite asimismo, después de transcurrido un período de tres años, que las partes retiren o modifiquen los compromisos incluidos en sus listas. En caso de que se modificaran o retiraran compromisos, deberían entablarse negociaciones con las partes interesadas para acordar ajustes compensatorios. Si no se pudiera llegar a un acuerdo, la compensación se establecería mediante arbitraje.

El Artículo XIX, trata sobre Negociación de compromisos específicos. Los Miembros entablarán sucesivas rondas de negociaciones, con miras a lograr un nivel de liberalización progresivamente más elevado. Esas negociaciones irán encaminadas a la reducción o eliminación de los efectos desfavorables de las medidas en el comercio de servicios, como medio de facilitar un acceso efectivo a los mercados. El Artículo XX, trata sobre Listas de compromisos específicos. Cada Miembro consignará en una lista los compromisos específicos que contraiga de conformidad con la Parte III del Acuerdo. El Artículo XXI trata sobre Modificación de las Listas. Todo Miembro (denominado en el presente artículo el “Miembro modificante”) podrá

¹³ *Ibid.*

modificar o retirar en cualquier momento cualquier compromiso de su Lista después de transcurridos tres años a partir de la fecha de entrada en vigor de ese compromiso, de conformidad con las disposiciones del presente artículo. ¹⁴

3.2.2.2 Las Telecomunicaciones. Las Telecomunicaciones, ocupan un lugar privilegiado de este Acuerdo y además de sus normas generales, se han suscrito e incluido en él, dos Anexos y una Decisión, relacionadas con la liberalización del sector: a. Anexo sobre Telecomunicaciones. b. Anexo relativo a las negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas. c. Decisión relativa a las negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas. ¹⁵

a. Anexo sobre Telecomunicaciones. Trata de las medidas que afectan al acceso a las redes y servicios públicos de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos. El Anexo empieza por determinar sus *Objetivos*, reconociendo las características específicas del sector de los servicios de telecomunicaciones y, en particular, su doble función como sector independiente de actividad económica y medio fundamental de transporte de otras actividades económicas. Continúa precisando que, los Miembros, con el fin de desarrollar las disposiciones del Acuerdo en lo que se refiere a las medidas que afecten al acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, y a la utilización de los mismos, convienen en el Anexo. Se trata de levantar las medidas que afectan el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y su utilización por parte de los oligopolios transnacionales como su preocupación central.

En cuanto a su *Alcance*, determina que: a) El Anexo se aplicará a todas las medidas de un Miembro que afecten al acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Anexo sobre Telecomunicaciones. <http://www.jurisint.org/pub/06/sp/121.htm> 26/09/09

mismos [14].¹⁶ b) El Anexo no se aplicará a las medidas que afecten a la distribución por cable o radiodifusión de programas de radio o de televisión. Se trata de obligar a los Estados a que revoquen sus regulaciones y políticas públicas que no faciliten el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a su utilización, excluyendo la distribución por cable o radiodifusión de programas de radio o de televisión.

En cuanto a las *Definiciones*, sobre el sentido de las expresiones utilizadas, establece que: a) Se entiende por “telecomunicaciones” la transmisión y recepción de señales por cualquier medio electromagnético. b) Se entiende por “servicio público de transporte de telecomunicaciones” todo servicio de transporte de telecomunicaciones que un Miembro prescriba, expresamente o de hecho, que se ofrezca al público en general. Tales servicios pueden incluir, entre otros: telégrafo, teléfono, télex y transmisión de datos caracterizada por la transmisión en tiempo real de información facilitada por los clientes entre dos o más puntos sin ningún cambio de extremo a extremo en la forma o contenido de dicha información. c) Se entiende por “red pública de transporte de telecomunicaciones” la infraestructura pública de telecomunicaciones que permite las telecomunicaciones entre dos o más puntos terminales definidos de una red.

En cuanto a la *Transparencia*, que deben aplicar los Estados firmantes, se establece que: Al aplicar el artículo III del Acuerdo, cada Miembro se asegurará de que esté a disposición del público la información pertinente sobre las condiciones que afecten al acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos, con inclusión de: tarifas y demás términos y condiciones del servicio; especificaciones de las interfaces técnicas con esas redes y servicios; información sobre

¹⁶ [14] Se entiende que este párrafo significa que cada Miembro se asegurará de que las obligaciones del presente Anexo se apliquen con respecto a los proveedores de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones a través de cualesquiera medidas que sean necesarias.

los órganos encargados de la preparación y adopción de normas que afecten a tales acceso y utilización; condiciones aplicables a la conexión de equipo terminal u otro equipo; y prescripciones en materia de notificación, registro o licencias, si las hubiere. Se trata de la publicidad y conocimiento sobre las condiciones del acceso al mercado libre de las telecomunicaciones.

En cuanto al *Acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y utilización de los mismos*, el Anexo es reiterativo.

a) Cada Miembro se asegurará de que se conceda a todo proveedor de servicios de otro Miembro, en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y la utilización de los mismos, para el suministro de cualquier servicio consignado en su Lista [15].¹⁷

b) Cada Miembro se asegurará de que los proveedores de servicios de otros Miembros tengan acceso a cualquier red o servicio público de transporte de telecomunicaciones ofrecido dentro de sus fronteras o a través de ellas, incluidos los circuitos privados arrendados, y puedan utilizar tal red o servicio.

Se reitera la obligación de permitir el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y su utilización, en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, haciendo referencia al trato de la nación más favorecida y al trato nacional, tal como se definen en el Acuerdo, y que, utilizada con relación a este sector específico, significa “términos y condiciones no menos favorables que los concedidos en circunstancias similares a cualquier otro usuario de redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones similares”. Es decir, no se puede

¹⁷ [15] Se entiende que la expresión “no discriminatorios” se refiere al trato de la nación más favorecida y al trato nacional, tal como se definen en el Acuerdo, y que, utilizada con relación a este sector específico, significa “términos y condiciones no menos favorables que los concedidos en circunstancias similares a cualquier otro usuario de redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones similares”.

establecer ninguna protección a la industria nacional ni a los operadores nacionales de servicios de telecomunicaciones, éstos deberán permitir sumisamente que sus redes y sus equipos sean utilizados por las transnacionales y compitan con ellas, en absolutas condiciones asimétricas y desfavorables, entregándoles además sus propios mercados. Para facilitar esta operación de apropiación extranjera, deberán establecerse costos de operación y no de construcción de nueva infraestructura, reduciendo las inversiones de los oligopolios extranjeros, que poco o nada aportan al desarrollo nacional con nuevas tecnologías, con nuevas y mejores plazas de empleo, con servicios eficientes y a bajos precios.¹⁸

b. Anexo relativo a las negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas. Trata sobre las fechas y los términos de aplicación del Artículo II y el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II, incluida la prescripción de enumerar en el Anexo toda medida incompatible con el trato de la nación más favorecida que mantenga un Miembro. También, sobre la determinación de que el párrafo 1º no será aplicable a ningún compromiso específico sobre telecomunicaciones básicas que esté consignado en la Lista de un Miembro.¹⁹

c. Decisión relativa a las negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas. Sobre esta Decisión, los Ministros deciden lo siguiente: 1. Se celebrarán, con carácter voluntario, negociaciones encaminadas a la liberalización progresiva del comercio de redes y servicios de transporte de telecomunicaciones (denominados en adelante “telecomunicaciones básicas”) en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. 2. Sin perjuicio de su resultado, las negociaciones tendrán un

alcance general y de ellas no estará excluida *a priori* ninguna de las telecomunicaciones básicas. Se trata de expresar la voluntad política de los firmantes del Acuerdo y de su Anexo, de adelantar las negociaciones convenidas para lograr la liberalización progresiva del comercio de redes y servicios de transporte de telecomunicaciones.²⁰

3.2.3 El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, las Telecomunicaciones y su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano

a. La Ley 671 de 2001 (julio 30) por medio de la cual se aprueba el “Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa”, hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, sus Anexos y su Decisión sobre las Telecomunicaciones, fueron aprobados el 30 de marzo de 2001 por el Presidente de la República Andrés Pastrana Arango, sometido a la consideración del Congreso Nacional, que lo aprobó, incorporándolo a ordenamiento jurídico colombiano, por medio de la Ley 671 de 2001 (julio 30) actualmente vigente. Fue sancionada por el Presidente de la República y promulgada en el Diario Oficial No. 44.503 de 30 de julio de 2001.²¹

b. La Sentencia C-369 de 2002. En esta sentencia de la Corte Constitucional, con Ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre, se revisó el Acuerdo General, sus Anexos y su

¹⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Anexo sobre Telecomunicaciones. <http://www.jurisint.org/pub/06/sp/121.htm> 26/09/09

¹⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Anexo relativo a las negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas. <http://www.jurisint.org/pub/06/sp/doc/52.htm> 26/09/09

²⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Decisión relativa a las negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas. Anexo sobre Telecomunicaciones. <http://www.jurisint.org/pub/06/sp/doc/52.htm> 26/09/09

²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 671 de 2001 (julio 30) por medio de la cual se aprueba el “Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa”, hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2001/ley_0671_2001.html 26/09/09.

Decisión sobre las Telecomunicaciones, y se declaró la exequibilidad de la Ley 671 de 2001. Fue una decisión controvertida, con cinco votos a favor de la constitucionalidad, tres de ellos con aclaración y cuatro en contra.²²

c. Las tres ramas del Poder Público, recibieron e introdujeron al ordenamiento jurídico colombiano el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, sus Anexos y su Decisión sobre las Telecomunicaciones. El Ejecutivo lo suscribió, el Legislativo lo incorporó por medio de una Ley de la República y el Judicial, lo declaró por mayoría y en una decisión bastante polémica, ajustado a la Constitución Política de Colombia, a sus principios y a sus normas. Todos a una, como en Fuente Ovejuna,²³ se allanaron a los principios de internacionalización de la economía, de liberalización, desregulación y privatización de los servicios, contenidos en esos instrumentos jurídicos obligatorios supranacionales, que se vienen aplicando en Colombia, en varios casos, por encima los principios y normas de la Constitución Política Nacional. Es el caso de la Ley 1341 de 2009, de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-.

3.3 La Ley 1341 de 2009, de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-

3.3.1 El Proyecto de Ley

El 4 de septiembre de 2007 fue presentado en la Secretaría General de la Cámara de Representantes, el Proyecto de ley número 112 (No.340/2008 Senado) con su correspondiente exposición de motivos, por la Ministra de Comunicaciones, María del Rosario Guerra, originalmente titulado, “*Por la cual se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones*”.

3.3.1.1 La Exposición de Motivos de la Ministra de Comunicaciones, María del

Rosario Guerra y su Proyecto original. El Proyecto original y su Exposición de Motivos se propuso, “...el objetivo de crear una unidad administrativa especial, con personería jurídica, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, que estará encargada de ejercer las funciones que en la actualidad le competen al Ministerio de Comunicaciones en lo que concierne a la planeación, administración, gestión, vigilancia y control del espectro radioeléctrico.”²⁴

Continúa la Exposición de motivos, presentando su objetivo, que puede denominarse como el elemento técnico y administrativo. “De acuerdo con esto, -dice- la planeación, administración, vigilancia y control del espectro radioeléctrico se concentrarán en un solo ente que garantice un uso racional y eficiente de este recurso escaso, a través de la especialización de sus recursos tecnológicos y humanos.”²⁵

El ente que concentra y centraliza la planeación, administración, vigilancia y control del espectro radioeléctrico, es la Agencia Nacional del Espectro. “La Agencia Nacional del Espectro que se propone, contará con procesos de planeación de corto, mediano y largo plazo, una gestión automatizada del espectro que agilice la asignación, supervisión y control del uso del espectro para reducir las interferencias y usos clandestinos del mismo.”²⁶

La Agencia Nacional del Espectro, “es una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, con personería jurídica, y autonomía técnica, administrativa y financiera”, establece el Artículo 1º del Proyecto de Ley. Sus decisiones, “se regirán por las políticas que establezca el Ministerio, a través de procesos de análisis de impacto técnico

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-369 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre. <http://www.constitucional.gov.co/corte> 24/03/09

²³ VEGA CARPIO DE, Lope Félix. Fuenteovejuna. Obras Selectas Tomo I. Madrid: Aguilar, 1969.

²⁴ COLOMBIA. Congreso de la República. María del Rosario Guerra. Ministra de Comunicaciones. Proyecto de Ley Número 112 de 2007, *por la cual se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones*. Exposición de Motivos. http://winaricaurte.imprensa.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3 28/09/08.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

y económico de acuerdo con las tendencias internacionales que estarán sujetas a la aprobación de un Comité de Radiocomunicaciones, que se creará para tal efecto, conformado por el Ministro de Comunicaciones, quien lo preside, el Director de la Agencia Nacional del Espectro y el Director de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. El Comité de Radiocomunicaciones, será la autoridad máxima en las decisiones de la Agencia.”²⁷

El otro componente del Proyecto, es el que puede denominarse el modelo económico de uso y gestión del espacio radioeléctrico. “A medida que Colombia -dice la Exposición de motivos- se dirige hacia la masificación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) **a la expansión de la inversión privada** para mejorar la infraestructura de comunicaciones y a la diversificación de servicios, se hace necesario la dinamización y cohesión de las políticas públicas del sector con los avances tecnológicos. Esto contribuirá a una mayor certidumbre jurídica para los inversionistas.”²⁸ (la negrilla es nuestra)

Continúa la Exposición de motivos, presentando el modelo de uso y gestión del espectro radioeléctrico. “No obstante, -dice- el Plan reconoce que las actividades de control y regulación particularmente en el sector comunicaciones cuentan con una reglamentación heterogénea y dispersa **que desorienta la inversión** y dificulta su uso y explotación de manera racional, eficiente y equitativa. (...) Esto implica contar con instrumentos e instituciones que permitan un **manejo y administración adecuados** de este espectro.”²⁹ (la negrilla es nuestra)

3.3.1.2. Propósitos en el Proyecto original y en su Exposición de motivos.

a. El técnico-administrativo. La creación de la Agencia Nacional del Espectro, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, que concentra y centraliza la planeación, administración, vigilancia y control del espectro radioeléctrico

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

y se regirán por las políticas que establezca el Ministerio. En principio puede observarse como una necesidad y un hecho positivo, la creación de un solo ente público, del orden nacional, que concentre y centralice las funciones de la planeación, administración, vigilancia y control del espectro radioeléctrico, regido por las políticas que establezca el Ministerio, excepción hecha del segmento del espectro electromagnético, relacionado con los servicios de televisión, expresamente atribuidos la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) de acuerdo con los Artículos 76 y 77 de la Constitución Política. En Colombia, el espectro electromagnético es un bien inalienable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, lo establece el Artículo 75 de la Constitución Política de 1991.

b. El modelo económico de uso y gestión del espacio radioeléctrico y las políticas el Ministerio de Comunicaciones en este sector. Es evidente que el Proyecto y su Exposición de motivos, propone unas políticas públicas elaboradas y ejecutas por el Ministerio de Comunicaciones y un modelo de uso y gestión del espectro radioeléctrico, fundamentados en el libre mercado, en la libre competencia, en la libertad de precios, en la eliminación de los subsidios a favor de los sectores medios y populares, en todo tipo de estímulos a la inversión privada, denominada por el Gobierno de Álvaro Uribe “confianza inversionista”.

Finalmente, se trata de la sustracción del Estado de la propiedad de las empresas y de la prestación de los servicios de comunicaciones, sustituyéndose el monopolio del Estado, por los monopolios y los oligopolios privados, principalmente transnacionales, por las economías de escala requeridos en el “negocio” de las comunicaciones. “Esto implica contar con instrumentos e instituciones que permitan un **manejo y administración adecuados** de este espectro,”³⁰ como dice textualmente la Exposición de motivos, para solicitar el cambio de las instituciones jurídico-políticas y adecuarlas a las necesidades de la globalización económica y jurídica.

³⁰ *Ibid.*

Surtidos los trámites constitucionales y legales en las Comisiones Sextas y Plenarias de Cámara y Senado, el 18 de junio de 2008 fue aprobado por el Congreso de la República y el 19 de junio por la Comisión de Conciliación. Con expresiones de Mauricio Archila, en tantas “idas y venidas, vueltas y revueltas”,³¹ el Proyecto de Ley fue ampliándose a otros elementos originalmente no contemplados, promovidos por el mismo Gobierno Nacional, Congresistas interesados en sus resultados, y con mucha fuerza, los gremios económicos del sector, que realizaron un fuerte, eficiente y eficaz lobby. La participación de la academia, de los docentes e investigadores, de los usuarios y de sus organizaciones, poco o nada fue tomada en cuenta, tanto en el curso de los debates del Congreso de la República, como en los resultados finales y en el texto aprobado.

3.3.2 La Ley de las TIC y su contenido. El 30 de julio de 2009 fue sancionada por el Presidente de la República Alvaro Uribe Vélez, la Ley 1341, *Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*. Fue promulgada en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009.³²

Esta Ley de iniciativa gubernamental, fue promovida de manera especial por la actual Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como ahora se denomina en la nueva normatividad, María del Rosario Guerra y por Andesco (Asociación

Nacional de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y actividades complementarias e inherentes).

La Ley de las TIC, derogó la casi totalidad de la normatividad vigente del sector de las telecomunicaciones,³³ excepción hecha de la relacionada con la televisión y los servicios postales, que continuará rigiéndose por las normas especiales, y sustrajo de la Ley 142 de 1994 los servicios básicos de telecomunicaciones, todo lo cual quedó bajo la regulación de la nueva normatividad.

Se analiza a continuación, en forma general la nueva legislación vigente, teniendo en cuenta los elementos relacionados con el objeto de estudio de este trabajo y de su problema de investigación.

a. El objeto de la Ley. Determinar 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 competencias, la protección al usuario y lo concerniente a cobertura, calidad del servicio, promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y su espacio radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y de los recursos, regulación,

³¹ ARCHILA NEIRA, Mauricio. *Idas y venidas, vueltas y revueltas. Protestas sociales en Colombia. 1958-1990*. Bogotá: Incanh Cinep, 2003.

³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1341 de 2009, (Julio 30) *Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1341_2009.html 24/08/09.

³³ Artículo 73. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, con excepción de los Artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 36, 68 con excepción de su inciso 1º, los cuales empezarán a regir a partir de los seis meses siguientes a su promulgación y regula de manera integral el sector de la Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 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 1996, 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 a 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 6º. 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.

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 (Art. 1).

b. Las 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 imagen (Art.6). Llama la atención que no hace referencia a la emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información.³⁴

c. El sector de las TIC. El sector de las TIC está compuesto por industrias manufactureras, comerciales y de servicios cuyos productos recogen, procesan, crean, transmiten o muestran datos e información electrónicamente (Art.9). Una cosa son las industrias que producen bienes relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones, que deben tener unas regulaciones particulares, adecuadas a su **naturaleza de empresas industriales y comerciales** (públicas, privadas o mixtas); y otra bien distinta, son los operadores o empresas prestadoras de los servicios públicos de comunicaciones, que deben tener otra regulación, igualmente acorde a su naturaleza y desempeño, como **empresas de servicios públicos** (públicas, privadas o mixtas). Por ejemplo, una cosa es una fábrica que produce teléfonos móviles con tecnologías para voz, audio e imagen, y otra bien distinta, es una empresa prestadora de los servicios de audio, sonido e imagen (convergencia tecnológica).

Nótese que la norma, se refiere únicamente a industrias y no a empresas prestadoras de servicios públicos, lo cual tiene impacto en su naturaleza jurídica y en su regulación, en el régimen tarifario, en los subsidios, en el tipo derecho a aplicarse (público, privado),

en la jurisdicción que resuelva sus conflictos, (contencioso administrativa o civil y comercial). Al no diferenciarse en la normatividad vigente, se tratará a todas por igual, como industrias manufactureras, comerciales y de servicios, es decir, tanto los productos, como los servicios públicos de comunicaciones, despojados de esta condición, se convierten en simples mercancías, que se compran y se venden en el mercado libre, de acuerdo a la oferta y la demanda.

Si bien es cierto, que la Constitución Política establece que los servicios públicos pueden ser prestador por el Estado y por los particulares (Art. 365) también establece que, Colombia es un Estado social de derecho (Art. 1) y los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado (Artículos 365 y 366 de la C.P.), y que la teoría del servicio público se encuentra vigente en nuestro ordenamiento constitucional y como tal los servicios públicos se someten a un régimen jurídico especial (Artículos 334, 365, 367 y 150 numeral 23 de la C.P.). Igualmente, la prestación de los servicios públicos se debe desarrollar en condiciones de igualdad entre todos los proveedores de los servicios, reconociendo que tanto los servicios como los bienes afectados a los mismos cumplen una función social (artículos 13 y 58 de la CP). Los servicios públicos se someten a un régimen solidario y redistributivo en el que además de costos se debe tener en cuenta unos criterios de solidaridad y redistribución de ingresos (Artículos 1 y 367 de la C.P.).

Llama poderosamente la atención, que la Ley de las TIC no hace ninguna referencia a los principios y normas de la Constitución Política de Colombia, relacionados con los servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios) pareciendo ser copiada de un régimen jurídico ajeno al colombiano, inspirado fundamentalmente en los principios de los Convenios de Constitución de la OMC, de su Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, de sus Anexos sobre Telecomunicaciones y de lo suscrito con el Gobierno de los Estados Unidos en el Tratado de Libre Comercio, convertidos

³⁴ COLOMBIA. Ministerio de Comunicaciones. *Ley 72 de 1989 (Diciembre 20) Op. Cit.* Artículo 2. p.103.

en un ordenamiento jurídico supranacional e inmodificable, por encima de la Constitución Política de 1991, particularmente de su artículo 4, que establece los principios de primacía y superioridad.³⁵ Los Tratados Internacionales, por regla general, se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano, por medio de Leyes de la República; y, éstas, deben ajustarse en su totalidad a los principios y normas de la Constitución Política de Colombia (Art. 224 de la C.P.C.).³⁶

d. Naturaleza jurídica de las TIC. El nuevo ordenamiento legal, empieza hablando de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, en términos puramente tecnológicos (Art. 6) y al referirse al sector de las mismas, habla de industrias manufactureras, comerciales y de servicios (Art. 9). Como puede observarse, se refiere a servicios, pero como industrias y no es claro si aquí están incluidos los servicios que prestan los operadores o empresas de servicios de comunicaciones y tampoco dice cuál es la naturaleza jurídica de los mismos.

Haciendo unas pesquisas intensivas y una interpretación lógico sistemática, se puede encontrar lo siguiente. Se establece como una excepción, la aplicación del Artículo 4 de la Ley 142 de 1994 a los servicios públicos de telefonía regulados por ella, en cuanto son de carácter esencial, para prohibir la huelga en ellos y se refiere a las redes, y servicios de telecomunicaciones como servicios públicos bajo la titularidad del Estado (Art. 10). En

consecuencia, aunque ambigua y confusa, el propio texto de la nueva ley reconoce que los servicios de telecomunicaciones, incluidos los considerados como domiciliarios por la Ley 142 de 1994, son servicios públicos. Entiéndase, que esta referencia restrictiva, no puede hacerse extensiva, a todos los servicios de comunicaciones y mucho menos a todas las Tecnologías de la Información y a todas las Tecnologías de las Comunicaciones.

En consecuencia, deben desarrollarse y aplicarse para esos servicios públicos, expresamente referidos por la Ley (redes y servicios de telecomunicaciones), los mandatos constitucionales de esta materia. Los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado (Art. 65 de la C.P.) y el régimen tarifario de los domiciliarios deben aplicar criterios de costos eficientes, pero también de solidaridad y redistribución de ingresos, los cuales no son desarrollados ni aplicados en varios casos aquí analizados.

Recordemos que la Corte Constitucional en fallo de tutela, con Ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, dice: “El servicio público no es simplemente un “concepto” jurídico; es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico.”³⁷

Y al referirse a los servicios públicos domiciliarios indica que, “...cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.”³⁸ Al desconocerse que los servicios de telecomunicaciones son servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios) automáticamente y como por encanto, no se pueden despojar de las condiciones materia-

³⁵ La Constitución en norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar las autoridades. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Santa Fe de Bogotá: Presidencia de la República, 1991. Artículo 4. p.12.

³⁶ “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso... Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.” COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Santa Fe de Bogotá: Presidencia de la República, 1991. Artículo 4. p 86.

³⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. T-578/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁸ *Ibid.*

les, económicas y sociales, que determinan tal condición (la finalidad específica de satisfacer las necesidades generales y esenciales de las personas), y con las cuales debe tener congruencia su clasificación jurídica. Como afirma el sociólogo jurídico Gregorio Robles: “**El derecho no surge básicamente de la ley ni de las decisiones de los jueces, sino de la vida misma de los grupos sociales.**”³⁹

Por supuesto, que la deliberada ambigüedad y la confusa redacción de la Ley de TIC en estos asuntos fundamentales, y su omisión al no decir por ninguna parte cuáles son para ella los servicios de telecomunicaciones, y en consecuencia, cuáles son los servicios públicos de telecomunicaciones, logra objetivos claros. En caso de conflictos con otras leyes, prevalecerá ella (Art. 73) y de acuerdo con este principio de interpretación endogámica, se agrega: en caso de dudas, prevalecerá ella; construyéndose un perfecto callejón jurídico sin salida.

Todo parece indicar, que para esta Ley, tampoco tienen aplicación la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, consagrados por la Constitución Política de Colombia, como criterios auxiliares de la actividad judicial (Art. 230). Habrá que esperar los decretos reglamentarios, para ver si se aclaran estos asuntos fundamentales, o se confunde más, en perjuicio de los usuarios.

e. La habilitación general de redes y servicios.

La provisión de redes y de servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general y causará una prestación periódica a favor del Fondo de las TIC. Esta habilitación comprende, a su vez, la actualización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público, excluyéndose el derecho al uso de espectro radioeléctrico (Art.10). Se trata de abrir el uso de las telecomunicaciones y

de sus redes, a las “industrias” interesadas en la explotación comercial de estos valiosos y estratégicos recursos, generalmente contruidos con recursos del patrimonio público de los colombianos y eliminar el monopolio del Estado colombiano en ellos.

f. El acceso, uso e interconexión. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de las redes y el acceso, y uso de sus instalaciones a cualquier otro proveedor que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (Art. 50). Se trata de la obligación de las empresas colombianas de arrendar a las transnacionales sus redes y sus instalaciones, para que puedan competir con ellas mismas, sin necesidad de construir infraestructura nueva, ahorrándose millonarios costos.

Es la aplicación anticipada de normas establecidas en el Tratado de Libre Comercio, suscrito entre los Gobiernos de Colombia y de los Estados Unidos, donde el Congreso tiene congelado su trámite, por la violación de los derechos sindicales y humanos en Colombia. Allí se establece, que el acceso a las redes e instalaciones nacionales tendrán que hacerse, “en términos, condiciones y tarifas que sean razonables” y “orientadas a costos” de operación y no a los de construcción de infraestructura, que está a cargo de las empresas nacionales.⁴⁰

³⁹ ROBLES, Gregorio. Sociología del derecho. 2ª. ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997. p. 32.

⁴⁰ Para el Procurador Edgardo Maya, refiriéndose a la regulación de las Telecomunicaciones en el TLC, “*la mayoría del Capítulo Catorce se aplica únicamente a Colombia, especialmente en las obligaciones que **debe garantizar** para que los proveedores importantes de su territorio permitan el acceso a los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones de los Estados Unidos, en los aspectos de interconexión, reventa, portabilidad del número, paridad del discado, desagregación de elementos de la red, suministro de servicios de circuitos arrendados, coubicación física o virtual de los equipos necesarios para interconectarse (Acuerdo Comercial, Artículos 14.2, 14.3, 14.4) Y continúa, “**las normas están diseñadas para que las empresas de telecomunicaciones de los Estados Unidos monten sus empresas utilizando la propiedad de las empresas colombianas sin limitación alguna y sin tener que competir para acceder al mercado.**”*

g. El libre mercado. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de la TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad (Art.2.2). Se reitera la aplicación del mandato constitucional de eliminar el monopolio del Estado en la propiedad y en la prestación de los servicios públicos y se permite el acceso a los particulares, y según el nuevo ordenamiento legal, en un mercado abierto, determinado por los precios del mercado, de la oferta y la demanda.

Aquí se aplican las afirmaciones del sociólogo jurídico Gregorio Robles, al referirse a la condicionalidad social del derecho.⁴¹ No basta la simple declaración formal de la “libre y leal competencia” para que ésta se garantice, y en sentido contrario, no basta la omisión y el silencio frente a los monopolios, para que éstos automáticamente desaparezcan.

En Colombia, lo único prohibido constitucional y legalmente, y en vías de extinción, es el monopolio del Estado en los servicios públicos. En sentido contrario, los monopolios y los oligopolios prestadores de los servicios de telecomunicaciones están jurídicamente permitidos y financieramente prósperos, baste señalar los ejemplos de Telefónica de España y los de Comcel, Movistar y Tigo. Todo indica que la eliminación del monopolio estatal en los servicios públicos, está siendo reemplazada por los oligopolios o los monopolios privados.

h. El régimen tarifario. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicacio-

(el subrayado y la negrilla son originales). MAYA VILLAZON, Edgardo. Concepto No. 4509 del 10 de marzo de 2008. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Conceptos del Procurador ante la Corte Constitucional. http://www.procuraduria.gov.co/descargas/conceptos/conceptos_2008/marzo/LAT-311_C-4509.doc 14/04/08.

⁴¹ “El derecho no surge básicamente de la ley ni de las decisiones de los jueces, sino de la vida misma de los grupos sociales”. ROBLES, Gregorio. Sociología del derecho. 2ª. ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997. p. 32.

nes podrán fijar libremente los precios al usuario. La Comisión de Regulación de las Comunicaciones (como ahora se denomina) sólo podrá regular estos precios cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla en el mercado o cuando la calidad de los servicios no se ajuste a los niveles exigidos (Art. 23). En adelante se trata de precios y no de tarifas, y sobre todo se trata de precios del mercado (Art. 2.2) para lo cual se adopta el régimen de **libertad de precios** como norma general y por excepción el de regulación, modificándose en forma sustancial el sistema de la Ley 142 de 1994, en cuanto a los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones que ella regulaba, y establece el régimen de libertad regulada, libertad vigilada y de libertad.⁴² Es la aplicación de la clásica desregulación, el imperio del mercado libre, de la “confianza inversionista”.

i. Los servicios públicos domiciliarios y las empresas prestadoras. A las telecomunicaciones y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias (sic) de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil rural en el sector rural, como empresas de servicio público. En caso de conflicto con otras leyes prevalecerá ésta (Art.73).

La telefonía local, local extendida, larga distancia nacional e internacional, denominadas técnicamente como telefonía fija pública básica conmutada (TPBC) y la telefonía local móvil del sector rural, clasificadas todas ellas, como telefonía básica por su impacto social, eran consideradas como servicios públicos domiciliarios (necesidades básicas de la población) por la Ley142 de 1994⁴³ y reguladas en sus aspectos básicos y fundamentales por

⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 de 1994 (Julio 11). *Op. Cit.* Artículo 88. Regulación y libertad de tarifas. p. 114.

⁴³ *Ibid.* Artículo 1. Ambito de aplicación de la ley. p. 47.

esta normatividad. Igual situación ocurría con las empresas prestadoras de esos servicios básicos de telecomunicaciones, consideradas como empresas de servicios públicos domiciliarios.

La Ley de las TIC, le quita a los servicios básicos de telecomunicaciones el carácter de públicos domiciliarios (Art. 73) desconociendo su condición material de necesidades básicas de la población y no define en forma expresa su naturaleza jurídica (públicos, generales, privados). Esto tiene varios impactos negativos, entre ellos, el régimen tarifario, al cual ya se hizo referencia y la pérdida de los subsidios a los estratos 1, 2 y 3, a lo cual se hará referencia más adelante.

En cuanto a las empresas prestadoras de esos servicios, expresa que respeta su naturaleza jurídica como empresas de servicios públicos. Nótese que no las denomina empresas de servicios públicos **domiciliarios**, y no es lo mismo prestar servicio **público** puro y simple, que un servicio público **domiciliario**. Por ejemplo, los bancos prestan un servicio público, pero no domiciliario y su regulación se adecua a su carácter comercial, excepción hecha de los estatales de fomento.

En adelante, a los servicios de telefonía básica, a sus empresas prestadoras y a sus usuarios, se les aplicará la Ley de las TIC y sus principios mercadocéntricos. Como el espíritu de la Ley es de privatización del sector, de libre mercado, de precios del mercado y de régimen de libertad de precios, acompañado de la primacía del derecho privado y de la jurisdicción ordinaria (civil o comercial) estos serán los principios guías que resuelvan las controversias en estas materias.

j. Los subsidios. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos para la TPBCL y TPBCLE, destinarán directamente a sus usuarios de estratos 1 y 2, la contraprestación de que trata el Artículo 36 de la presente ley por un período de cinco (5) años, contados a partir del momento en que dicho artículo se reglamente. Durante este periodo se continuará el esquema de subsidios que establece de la Ley 142 de 1994 (Art. 69).

Como ya se analizó anteriormente, los servicios de telefonía básica pierden su naturaleza de servicios públicos domiciliarios, y en consecuencia sus usuarios de los estratos 1, 2 y 3,⁴⁴ pierden la posibilidad de recibir los subsidios, establecidos en forma facultativa por el mandato constitucional (art. 368 de la Constitución Política de Colombia) y de carácter obligatorio, de acuerdo con la regulación de la Ley 142 de 1994 (Art.89).

La Ley de las TIC establece un periodo de transición de cinco años para la eliminación de los citados subsidios, fecha a partir de la cual todos los usuarios, de todos los estratos socio económicos y de todos los servicios de las TIC, estarán en condiciones de igualdad ante la Ley: **¡Todos sin subsidios!**

Llama la atención que se establece como violación al “REGIMEN DE INFRACCIONES... Artículo 64. (...) 8. Realizar subsidios cruzados...”, lo cual se castiga, de acuerdo con las sanciones establecidas. No importa la relación que tienen las telecomunicaciones con las necesidades básicas de la población y consecuentemente con su carácter de servicios públicos, algunos de ellos domiciliarios, todo lo cual ha sido subvertido por la Ley de TIC y sus concepciones predominantes, so pretexto de adecuarlas a las nuevas tecnologías, a la convergencia, a la interconexión, lo cual es una avance tecnológico necesario de implementar y aplicar. Incorporar las nuevas tecnologías, no es lo mismo que desconocer la función social de los servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios) y el principio de solidaridad y de redistribución de los ingresos en el régimen tarifario, en una sociedad profundamente desigual y con elevadas tasas de pobreza e indigencia, que nada le importa al

⁴⁴ Artículo 102. Estratos y metodología. Los inmuebles residenciales se clasificarán máximo en seis (6) estratos socioeconómicos (1, bajo-bajo; 2, bajo; 3, medio-bajo; 4, medio; 5, medio-alto; 6, alto), dependiendo de las características particulares de los municipios y distritos y en atención, exclusivamente, a la puesta en práctica de las metodologías de estratificación de que trata esta ley. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 de 1994 (Julio 11). *Op. Cit.* p. 124.

libre mercado, que sólo necesita para su pleno desenvolvimiento la libertad de precios y la eliminación e inexistencia de subsidios a favor de los sectores populares.

Las telecomunicaciones son un universo de asuntos tecnológicos, jurídicos, políticos, económicos, culturales y sociales, y no les debe dar un tratamiento puramente tecnocrático, o escudarse en los aspectos técnicos o tecnológicos, para imponer un modelo privatista y antisocial, al amparo de ideologías propias de los intereses minoritarios, criollos o transnacionales. La actual crisis económica colombiana y mundial, han demostrado con suficiente evidencia empírica, la carencia de validez científica del modelo liberalizador, desregulador y privatizador, para resolver los problemas del desarrollo económico, social y cultural, y del bienestar de la población. También, queda en evidencia su fracaso total en el mundo desarrollado y en el mundo en desarrollo, como en el caso colombiano.⁴⁵

k. El régimen del usuario. El régimen de protección del usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la Comisión de Regulación de las Comunicaciones y el régimen general su protección al consumidor y sus normas complementarias previstas en ésta (Art. 53).

Si bien es cierto que la Ley de las TIC es ambivalente en cuanto a la naturaleza de los prestadores y a los servicios que ellos prestan, y que aquí se refiere a las comunicaciones, también es cierto que ella misma establece que la previsión de redes y servicios de telecomunicaciones son un servicio público (Art. 10). En consecuencia, en cuanto a estos servicios, existe la reserva de Ley por mandato constitucional (Art. 365 de la C.P.) reiterada jurisprudencialmente por la Corte Constitucional y por tanto el Régimen General de Protección de los Usuarios de las TIC, debe ser expedido por Ley de la República, por

⁴⁵ KRUGMAN, Paul; STIGLITZ, Joseph, SARMIENTO, Eduardo, *et al.* La crisis económica mundial. Bogotá: Editorial La Oveja Negra Ltda., 2008.

el órgano legislativo del Poder Público, el Congreso de la República y no por un acto administrativo, expedido por una unidad administrativa especial de la Rama Ejecutiva del Poder Público, la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (Art. 19) a la cual se le han atribuido facultades legislativas que no tiene.⁴⁶ En cuanto a la aplicación de las normas relacionadas con los consumidores y a la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para resolver sus controversias, se trata de normas de derecho privado y bajo principios propios de la venta y la compra de mercancías, en un mercado abierto y sin regulaciones, propio del derecho anglosajón, ajeno a nuestra familia jurídica de origen positivo y romano germánico.

l. El régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las TIC. Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las TIC, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado (Art.55).

Se reitera la “huida del derecho administrativo” y la aplicación plena del derecho privado y de la justicia civil y comercial, para resolver las controversias surgidas en este mundo privatizado. Un derecho privado, para un negocio privado.

m. La desnacionalización de la radiodifusión sonora. El servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas constituidas en Colombia (Art. 57). Personas jurídicas constituidas en Colombia, pero que pueden representar los intereses de los oligopolios o monopolios transnacionales, abriéndose el camino para la desnacionalización de este importante sector de las comunicaciones colombianas.

n. La regulación. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, creada por la Ley 142 de 1994, se convierte en la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Art.19) y está

⁴⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 1010. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

compuesta por: el Ministro de las TIC, quien la presidirá y sin el cual no puede sesionar, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector como su delegado y tres Comisionados de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República, para períodos de tres años (Art.20).

Se ratifica la concentración de la regulación en manos del Ejecutivo y se excluyen los representantes de los prestadores de los servicios y de los usuarios. Entre las funciones de la Comisión (Art.22) están las de promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones (N.2) definir las condiciones en las cuales podrán ser utilizadas infraestructuras y redes de otros servicios en la prestación de servicios de telecomunicaciones, bajo el esquema de costos eficientes (N.5).

Se omite la referencia a los monopolios y a su regulación, como si bastara con desconocer su existencia, para que éstos desaparecieran.⁴⁷ Las telecomunicaciones por sus economías de escala, la necesidad de tecnologías de punta, de altas inversiones, costos y de grandes cantidades de activos específicos (irrecuperables)⁴⁸ constituyen monopolios naturales, y en consecuencia su privatización, aunque se

haga en nombre de la promoción de la “libre competencia” y de la existencia de múltiples operadores, conduce inevitablemente a reemplazar el monopolio público (estatal) por los oligopolios o monopolios privados.

El 27 de marzo de 2009 la banca de inversión, en cabeza del Grupo Español Santander (Santander Investment Valores Colombia S.A.), presentó sus argumentos a la Asamblea de Accionistas de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., justificando la decisión política del Alcalde Samuel Moreno, de adelantar un proceso para lograr la vinculación a la empresa distrital de un “inversionista estratégico”. Estos argumentos, confirman las anteriores afirmaciones y en síntesis, son: 1. Necesidades de inversión. 2. Limitación de recursos. 3. Economías de escala. 4. Portafolio convergente. 5. Competencia. 6. Resultados financieros.⁴⁹

Se excluyen los factores de solidaridad y de redistribución de ingresos, para lo cual la Ley 142 de 1994, estableció para los servicios

⁴⁷ En cuanto a la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones (en la Ley 142 de 1994) tiene como funciones generales las de regular los monopolios en las prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad (Art.73). COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 de 1994 (Julio 11). *Op. Cit.* p. 97.

⁴⁸ “...activos que no pueden ser trasladados de lugar sin pérdida de valor o que no pueden transferirse a otros usos a bajo costo...En el sector de las telecomunicaciones la especificidad de activos está presente en el cableado de fibra óptica, lo que significa que esta inversión, además de alto monto de capital que requiere y de sus altas economías de escala y alcance, es un inversión irrecuperable.” PÉREZ NEGRETE, Higinio. ¿Competencia o monopolio? Bogotá: Nueva Gaceta, No. 11. Noviembre 2005-Marzo 2006, p. 91.

⁴⁹ Santander Investment Valores Colombia S.A. Presentación a la Asamblea de Accionistas. Bogotá, D.C. 27 de marzo de 2009. Diagnóstico ETB. Resumen de la Situación. 1. Necesidades de inversión. El sector de las telecomunicaciones es intensivo en inversiones debido a sus rápidos cambios tecnológicos. Adicionalmente, el entorno de competencia aumenta las necesidades de inversión. 2. Limitación de recursos. Para adelantar las inversiones que se prevén en los próximos años, la compañía necesita recursos mayores a los que genera operacionalmente. 3. Economías de escala. El sector de telecomunicaciones se caracteriza por compañías con presencia global y con tamaños que les generan enormes economías de escala tanto en la operación como en la compra de infraestructura y equipos. 4. Portafolio convergente. Las compañías de telecomunicaciones están evolucionando hacia la oferta de un portafolio de productos convergentes (telefonía fija, telefonía móvil, banda ancha, televisión). 5. Competencia. ETB enfrenta una fuerte competencia por la presencia en Colombia de dos de los principales jugadores del sector a nivel mundial, los cuales tienen la posibilidad de hacer ofertas convergentes. 6. Resultados financieros. A pesar de que ETB ha focalizado su estrategia de negocio de manera adecuada, mediante la expansión del negocio de Banda Ancha, y ha hecho importantes esfuerzos en la reducción de costos, la compañía no ha obtenido el crecimiento esperado en sus resultados operacionales. Diapositiva 4.

públicos domiciliarios de telecomunicaciones (sustraídos de ésta por la Ley de TIC) un sistema de contribuciones y subsidios cruzados, que busca que los usuarios con mayor capacidad de pago contribuyan a los de menores recursos a sufragar sus tarifas.⁵⁰

Emitir conceptos sobre la legalidad de los contratos de los proveedores con los usuarios (N.7). Parece ser una función propia de la rama jurisdiccional y no de una entidad de la Rama Ejecutiva del Poder Público, y que en la práctica se ejerce con favorabilidad para con las empresas, casi en condición de avalista de ellas y poco garantista para los usuarios y sus derechos, por parte de las Comisiones de Regulación, actualmente existentes (Comisión Reguladora de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, Comisión Reguladora de Energía Eléctrica y Gas Combustible y Comisión Reguladora de Telecomunicaciones).⁵¹

o. La vigilancia y el control. Título III. Organización institucional. Capítulo I. Definición de política, regulación, vigilancia y control de las tecnologías de la Información y las Comunicaciones. De acuerdo con el contenido de este Título III, en este aparte debería tratarse con lo relacionado con la entidad que desempeña las funciones de vigilancia y control, sus competencias y sus funciones, pero no lo hace aquí, ni en ninguna parte del texto e la Ley.

Sin embargo, de una interpretación lógico sistemática, se pueden obtener algunas conclusiones. A las telecomunicaciones y

a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, expresa el inciso tercero del Artículo 73. Al excluir los servicios de telecomunicaciones en general y la telefonía fija pública básica de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pierde las competencias que tenía en relación con estos últimos servicios, y en ninguna parte de la Ley de TIC, dice que la tendrá, en relación con los demás.

El primer efecto práctico de la nueva normatividad es la eliminación de la Superintendencia Delegada de Telecomunicaciones, que según información de la actual Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, Evamaría Uribe, representa la pérdida del 37% de las funciones de este organismo, situación agravada con varios proyectos del ley en trámite en el Congreso de la República, como el de *Autoridad Única de Competencia*, que la despoja de alrededor del 20% de sus facultades, ejercidas de manera activa y permanente en todos los servicios bajo su vigilancia.⁵² Se trata de un deliberado debilitamiento de esta Superintendencia, que en oportunidades anteriores han querido desconstitucionalizar y convertir en una oficina más de la Superintendencia de Industria y Comercio y de reducir las funciones de vigilancia y control a su mínima expresión.

En la dispersa legislación anteriormente existente y derogada en su mayoría, las citadas funciones, en relación con los servicios de telecomunicaciones no domiciliarios, las ejercía la Superintendencia de Industria y Comercio, y las seguirá ejerciendo. Las observaciones relacionadas con la Superintendencia de Industria y Comercio, y sus competencias en materia de los prestadores y los usuarios de los servicios

⁵⁰ *Ibid.* Artículos 99 y 100. p.121 y 122.

⁵¹ Es el caso del Contrato de Condiciones Uniformes de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, que introduce en su texto el cobro cargos fijos de acuerdo con el número de pisos, de habitaciones o cocinas de una unidad residencial, con un sólo contador, violando manera expresa la Ley 142 de 1994, la doctrina de la S.S.P.D. y del Consejo de Estado. Esta Contrato tiene el concepto de legalidad de la Comisión Reguladora de Acueducto Alcantarillado y Aseo y ha sido, alegado a su favor por parte de la empresa, ante las acciones de grupo adelantadas por los usuarios perjudicados, por estos cobros ilegales e injustos, que por lo demás, en buena parte son de los estratos populares, como los habitantes de inquilinatos.

⁵² URIBE, Evamaría. Discurso de instalación. 11º Congreso Nacional y 2º Internacional de Servicios Públicos Domiciliarios. Superintendencia de Servicios Públicos. Cartagena, 24 de junio de 2009. <http://www.superservicios.gov.co/home/web/guest/inicio/08/07/09.->

de las comunicaciones, fueron expuestas en el literal *k.*, *El régimen del usuario.*

p. *El acceso a la sociedad de la Información.* El objeto. Determinar el marco general para la formulación de la políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (...) y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información. (Art. 1).

La habilitación general de redes y de servicios y la interconexión abren y facilitan el acceso y uso de las redes y servicios de telecomunicaciones a los operadores de los servicios de comunicaciones. La producción y aplicación de nuevas tecnologías y la convergencia tecnológica (audio, sonido e imagen) pueden abaratar los costos, lo cual es un hecho positivo para la democratización del acceso a las TIC. Sin embargo, de un lado, la política de libertad de precios y de eliminación de subsidios a los sectores populares; y de otro, el modelo económico mercadocéntrico, que nada aporta a la solución del problema de la pobreza, la indigencia y la desigualdad en Colombia, marginan a las mayorías nacionales de la Sociedad de la Información.

Los resultados de la más reciente medición de la pobreza y la desigualdad en Colombia, presentados por parte del DANE y el DNP, indican que hay alrededor de 20 millones (46%) de ciudadanos pobres y 7.5 millones (18%) de habitantes en condición de indigencia. La distribución de la riqueza se mantiene inalterada desde 2002 y se ubica en 0.59, según el indicador de Gini (0 indica que los ingresos totales están repartidos equitativamente entre toda la población y 1 indica que todo el ingreso está concentrado en una sola persona). La pobreza es una de las más altas de América Latina y la desigualdad una de las tres peores del mundo.⁵³

⁵³ DANE DNP. MESEP. Misión para el Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad. Resultados Fase 1: Empalme de las Series de Mercado Laboral, Pobreza y Desigualdad. Bogotá, Agosto de 2009. <http://www.dane.gov.co> 24/08/09.

3.2.3.6 La posición de Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La actual Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, Evamaría Uribe, en el *Discurso de Instalación* del 11º Congreso Nacional y 2º Internacional de Servicios Públicos Domiciliarios, realizado en Cartagena entre el 24 y el 26 de junio de 2009, hizo un juicio crítico a algunos componentes de la nueva legislación en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, tomando distancia de la Ministra de Comunicaciones, María del Rosario Guerra, promotora y artífice del texto finalmente aprobado en el Congreso de la República.

Evamaría Uribe, señala que: “El proyecto de ley de TIC, al eliminar la Superintendencia Delegada de Telecomunicaciones, se lleva el 37% de las funciones que ejerce la Superservicios en materia de vigilancia de los servicios y de las empresas y para el beneficio y la protección de los usuarios. El Proyecto de Autoridad Única de Competencia, nos despoja de alrededor del 20% de nuestras facultades, facultades que ejercemos de manera activa y permanente en todos los servicios bajo nuestra vigilancia...”⁵⁴

Más adelante y refiriéndose a los cambios introducidos en la nueva legislación y al desmonte de los subsidios, indica:

A la luz del Artículo 368 de la CP, es claro que la posibilidad de subsidiar a las personas de menores ingresos con el fin de que puedan cubrir sus necesidades básicas se limita exclusivamente a los servicios públicos domiciliarios. No obstante, la ley de TIC elimina de tajo el carácter de domiciliarios de los servicios de TPBC y propone un sistema de desmonte de subsidios y contribuciones a cinco años donde confusamente continúa aplicando el esquema previsto en la Ley 142 de 1994, aun cuando ésta es derogada expresamente antes de los cinco años.

⁵⁴ URIBE, Evamaría. Discurso de instalación. 11º Congreso Nacional y 2º Internacional de Servicios Públicos Domiciliarios. Superintendencia de Servicios Públicos. Cartagena, 24 de junio de 2009. <http://www.superservicios.gov.co/home/web/guest/inicio/08/07/09>.

En consecuencia, el esquema propuesto resultará inaplicable una vez se surta el trámite de promulgación de la ley, que afecta a más de 4 millones 300 mil usuarios de estratos 1, 2 y 3 que representan más del 50% de los suscriptores actuales, con la consecuente oleada de solicitudes de retiro de líneas telefónicas que se producirá.⁵⁵

En cuanto a la protección de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios señala:

La protección de los usuarios, bajo la perspectiva del proyecto de ley, carece de un marco legal suficiente que permita velar por sus derechos y deberes. No tiene sustento un régimen que considere de entrada igualdad contractual entre la empresa y el consumidor o usuario, cuando de todos es sabido que aquí estamos hablando de grandes empresas con músculo financiero y jurídico sobresaliente, enfrentadas generalmente a usuarios individuales sin grandes recursos o abogados. Adicionalmente, se cuestiona que sea constitucional que la creada Comisión de Regulación de Comunicaciones pueda expedir el respectivo régimen de protección de usuarios. No debemos olvidar la norma constitucional que refiere exclusivamente a que sólo mediante ley, por lo tanto que corresponde al Congreso, la facultad de expedir dicho régimen. No es por tanto el regulador el que podría actuar con sus actos administrativos como “segundo legislador”. Y el régimen existente de defensa del usuario, el de la Ley 142, ha sido derogado.⁵⁶

Continúa la dispersión de la regulación (Comisión de Regulación de Comunicaciones y Comisión Nacional de Televisión) y del control y vigilancia del sector, (Ministerio de las TIC y Superintendencia de Industria y Comercio) obstaculizando su desenvolvimiento y eficacia, su unidad de criterios y sobre todo los derechos y garantías de los usuarios.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

En particular, -dice Evamaría Uribe- bajo el modelo de regulación sectorial especializada necesario bajo el actual proceso de convergencia en el sector de telecomunicaciones, la regulación debe estar en cabeza de una sola entidad (la Comisión de Regulación de Comunicaciones) y debe estar acompañada de una vigilancia y control que efectivamente no debe desmembrarse ni por servicios (como ocurre hoy en día), ni por funciones (usuario, competencia e interconexión), sino que debe converger a una única entidad especializada sectorial. Creíamos que podía haber sido la Superintendencia de Servicios Públicos para el caso de las telecomunicaciones.⁵⁷

3.2.3.7 La Ley de las TIC: salto adelante en la política pública de liberalización, privatización y desnacionalización de las telecomunicaciones. La Ley de las TIC trata de las Tecnologías de la Información y de las Tecnologías de las Comunicaciones. En un extremo, están las industrias manufactureras, comerciales y de servicios, que las producen, las distribuyen y las venden, en un mercado abierto y con libertad de precios, con una regulación, un control y una vigilancia minimalistas, hechos a su medida, para facilitar el libre desenvolvimiento de las fuerzas del mercado, con un derecho privado y una jurisdicción civil y comercial (pronto con la oralidad) que resuelva rápidamente sus controversias jurídicas, en una Nueva Economía y un derecho globalizados, al servicio de los oligopolios criollos y transnacionales. En el extremo opuesto, están los clientes o consumidores, y los que puedan comprar y consumir estas tecnologías lo tendrán que hacer, con precios especulativos y sin subsidios, con derechos formalmente consagrados, pero desconocidos por las industrias y no garantizados realmente por la administración pública o de justicia.

La brecha digital y la brecha económica y social seguirán creciendo y las mayorías nacionales no tendrán acceso a las llamadas Sociedad de la Información y Sociedad del Conocimiento. Las novedades inteligentes, digitales, virtuales,

⁵⁷ *Ibid.*

interconectadas, convergentes, universales, son fuente de enriquecimiento acelerado e ilimitado de unas minorías, que están posicionando a sus magnates entre los hombres económicamente más poderosos del Planeta Tierra, entre ellos Bill Gates y Carlos Slim.

En síntesis, el nuevo ordenamiento legal aprobado, adapta en mayor grado el sector de las telecomunicaciones colombianas, ahora extendido y denominado de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a las políticas públicas de liberalización, privatización y desnacionalización, que vienen aplicándose desde hace ya dos décadas consecutivas. Igualmente, se adecua a los requerimientos del mercado libre y de la internacionalización de la economía, adaptándose a lo establecido en los principios de la OMC y de su Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, y en el Tratado de Libre Comercio, suscrito entre los Gobierno de Colombia y de los Estados Unidos.

Ha terminado la era de los servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios) de su función social, de la satisfacción de las necesidades básicas de la población y de la elevación de su calidad de vida, de las empresas públicas, con usuarios, con tarifas reguladas y con subsidios para los sectores populares. Estos metarrelatos, eran parte de la modernidad decimonónica o del siglo pasado de las telecomunicaciones, sólo existentes en este siglo en los sueños de los utópicos y de los románticos. El mundo arribó a la posmodernidad, a la era de las tecnologías (de la información y del conocimiento) de las industrias, con clientes o consumidores, con precios libres y especulativos, con compradores de mercancías en un mercado libre, con un derecho y un Planeta globalizados. Para ellos: ¡Otro mundo no es posible!

CONCLUSIONES

Las telecomunicaciones se han internacionalizado, se han liberalizado y privatizado, y estos procesos han sido impulsados por las organizaciones internacionales promotoras de la Globalización neoliberal, tales como: la OMC y su Acuerdo General sobre el

Comercio de Servicios, sus Anexos y Decisiones sobre Telecomunicaciones, que han sido los instrumentos jurídicos y políticos para su adecuación a las nuevas corrientes mundiales de la expansión capitalista.

En Colombia los procesos de adecuación a la internacionalización de la economía, de ajuste a la globalización neoliberal, se iniciaron desde el inicio de los años noventa del siglo XX, y ya han cumplido dos décadas de aplicación. Las telecomunicaciones han sido un sector igualmente impactado por estas transformaciones y durante el mismo período se han adelantado procesos de liberalización, privatización y desnacionalización de las empresas prestadoras y de la prestación de esos servicios. Para el cumplimiento de estos objetivos, se ha adecuado el ordenamiento constitucional y legal, y se han trazado políticas públicas, que los institucionalicen.

La Ley 1341 de 2009, de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, derogó la casi totalidad de la normatividad de las telecomunicaciones, excepción de la relacionada con la televisión y los servicios postales; y, despojó los servicios básicos de telecomunicaciones (TPBC) de su condición de servicios públicos domiciliarios y de subsidios a sus clientes o consumidores, de menores recursos económicos. Estableció un mercado abierto, con libertad de precios; en un régimen de derecho privado y una jurisdicción civil y comercial; con una regulación, un control, y una vigilancia minimalistas, que facilite plenamente el libre desenvolvimiento de las fuerzas del mercado.

La ley de las TIC, estimulará el mayor crecimiento de la brecha digital y de la brecha económica y social, y las mayorías nacionales no tendrán acceso a las llamadas Sociedad de la Información y Sociedad del Conocimiento. Las novedades inteligentes, digitales, virtuales, interconectadas, convergentes, universales, son fuente de enriquecimiento acelerado e ilimitado de unas minorías, que están posicionando a sus magnates entre los hombres económicamente más poderosos del Planeta Tierra, entre ellos Bill Gates y Carlos Slim.

La nueva legislación vigente en el sector de las telecomunicaciones, es un salto adelante en la extensión y profundización de las políticas públicas de liberalización, privatización y desnacionalización de las telecomunicaciones en Colombia, que vienen aplicándose desde hace ya dos décadas consecutivas, y confirma las tesis aquí expuestas. Se adecua a los requerimientos del mercado libre y de la internacionalización de la economía, adaptándose a lo establecido en los principios de la OMC, de su Acuerdo General sobre Comercio de Servicios y en el Tratado de Libre Comercio, suscrito entre los Gobierno de Colombia y de los Estados Unidos.

Para los profetas del fundamentalismo del mercado, aplicado en el nuevo ordenamiento jurídico, ha terminado la era de los servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios) de su función social, de la satisfacción de las necesidades básicas de la población y de la elevación de su calidad de vida, de las empresas públicas, con usuarios, con tarifas reguladas y con subsidios para los sectores populares. Para ellos, estos metarrelatos, eran parte de la modernidad decimonónica o del siglo pasado de las telecomunicaciones, sólo existentes en este siglo, en los sueños de los utópicos y de los románticos. El mundo arribó a la posmodernidad, a la era de las tecnologías (de la información y del conocimiento), de las industrias, con clientes o consumidores, con precios libres y especulativos, con compradores de mercancías en un mercado libre, con un pensamiento único, con un derecho y un Planeta globalizados. Para ellos: ¡Otro mundo no es posible!

BIBLIOGRAFÍA

ARCHILA NEIRA, Mauricio. *Idas y venidas, vueltas y revueltas. Protestas sociales en Colombia. 1958-1990.* Bogotá: Incanh Cinep, 2003.

BOGOTÁ D.C. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. *Proceso de selección de un inversionista estratégico para la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Reglamento del Proceso.* <http://www.etb.com.co> 09/09/09.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución Política de Colombia 1991.* Santa Fe de Bogotá: Presidencia de la República, 1991.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1341 de 2009, (Julio 30) Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009.* http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1341_2009.html 24/08/09.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 671 de 2001 (julio 30) por medio de la cual se aprueba el “Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa”, hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2001/ley_0671_2001.html 26/09/09.

COLOMBIA. Congreso de la República. María del Rosario Guerra. Ministra de Comunicaciones. *Proyecto de Ley Número 112 de 2007, por la cual se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones.* *Exposición de Motivos.* http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3 28/09/08.-

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 1010 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil. <http://www.constitucional.gov.co/corte> 30/06/09.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-369 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre. <http://www.constitucional.gov.co/corte> 24/03/09.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-578 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. <http://www.constitucional.gov.co/corte> 30/06/09.

DANE DNP. MESEP. *Misión para el Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad. Resultados Fase 1: Empalme de las Series de Mercado Laboral, Pobreza y Desigualdad.* Bogotá, Agosto de 2009. <http://www.dane.gov.co> 24/08/09.

ESTRADA, Jairo. *Instituciones del orden neoliberal y Tratados de Libre Comercio.* <http://>

Sergio Roberto
Matias Camargo

www.espaciocritico.com/articulos/Je-a20.htm
24/09/08.

KRUGMAN, Paul; STIGLITZ, Joseph, SARMIENTO, Eduardo, et al. La crisis económica mundial. Bogotá: Editorial La Oveja Negra Ltda., 2008.

MATIAS CAMARGO, Sergio Roberto. Telecomunicaciones y Tratado de Libre Comercio. Diálogos de Saberes No. 28, Enero-Junio de 2008. Bogotá: Universidad Libre, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.

MATIAS CAMARGO, Sergio Roberto. Telecomunicaciones, Tratado de Libre Comercio y Constitucionalidad. Diálogos de Saberes. No. 30. Enero-Junio de 2009.

MAYA VILLAZON, Edgardo. Concepto No. 4509 del 10 de marzo de 2008. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Conceptos del Procurador ante la Corte Constitucional. http://www.procuraduria.gov.co/descargas/conceptos/conceptos_2008/marzo/LAT-311_C-4509.doc 14/04/08.

MONTAÑA PLATA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. 2ª. Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC. Entender la OMC: Información básica. ¿Qué es la Organización Mundial del Comercio? http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm 28/09/09.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. <http://www.jurisint.org/pub/06/sp/doc/52.htm> 26/09/09

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Anexo sobre Telecomunicaciones. <http://www.jurisint.org/pub/06/sp/121.htm> 26/09/09

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO OMC. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Anexo relativo a las negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas. <http://www.jurisint.org/pub/06/sp/doc/52.htm> 26/09/09

PÉREZ NEGRETE, Higinio. ¿Competencia o monopolio? Bogotá: Nueva Gaceta, No. 11. Noviembre 2005-Marzo 2006.

ROBLES, Gregorio. Sociología del derecho. 2ª. ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997.

SANTANDER INVESTMENT VALORES S.A. Presentación a la Asamblea de Accionistas. Bogotá, D.C. 27 de marzo de 2009. Diagnóstico ETB. Resumen de la Situación. Diapositiva 4.

URIBE, Evamaría. Discurso de instalación. 11º Congreso Nacional y 2º Internacional de Servicios Públicos Domiciliarios. Superintendencia de Servicios Públicos. Cartagena, 24 de junio de 2009. <http://www.superservicios.gov.co/home/web/guest/inicio/08/07/09>.

VEGACARPIO DE, Lope Félix. Fuenteovejuna. Obras Selectas Tomo I. Madrid: Aguilar, 1969.