

CONCEPTO 590294 DE 2012

(diciembre 13)

<fuente: archivo interno entidad emisora>

MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES

PARA: Dra. SUZY SIERRA RUIZ

Directora de Vigilancia y Control

DE: FERNEY BAQUERO FIGUEREDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Respuesta a Memorando con Registro No. 580311

Cordial saludo Dra. Suzy:

En respuesta al Memorando del asunto, a través del cual solicita determinar si “la empresa comercializadora que se alude en el en general las empresas que desarrollan la comercialización de servicios de telecomunicaciones son agentes del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, esta Oficina Jurídica se permite emitir el siguiente pronunciamiento:

Consideraciones

1. Comercialización de servicios de telecomunicaciones: Conceptualización⁽¹⁾

La comercialización en materia de telecomunicaciones puede ser entendida como la actividad que desarrolla una persona natural o jurídica, tendiente a la compra de servicios a un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones o la disposición de elementos de red de éste para ofrecerlos a terceros.

Bajo esa perspectiva, la comercialización corresponde a una forma de “intermediación”, ya que en tal escenario las transacciones de bienes y servicios no se realizan en forma directa entre su productor y los consumidores, sino que en la cadena interviene un nuevo agente -el comercializador-, cuya actividad se enfoca básicamente a comprar los bienes y/o servicios ofrecidos por el productor, para ofrecerlos a otros agentes económicos.

Desde el punto de vista de la Resolución [087](#) de 1997 “Por medio de la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia”, la comercialización de servicios (para el caso de TPBC) es definida como la “Actividad por la cual una persona jurídica legalmente establecida compra servicios o líneas a un operador de TPBC para ofrecerla a terceros”, y en esa medida, el comercializador de servicios es definido como “aquella persona jurídica legalmente establecida que ejerce la comercialización de servicios de TPBC” (Subrayado nuestro).

De las anteriores ideas se desprende que en materia de telecomunicaciones la comercialización puede tener como objeto las redes y/o los servicios, entendiéndose éstas de la siguiente forma:

“Comercialización de Redes: Consiste en la oferta de acceso desagregado a elementos y funciones de red por parte de un proveedor de red a proveedores de servicios o a otros proveedores de red, quienes utilizarán los elementos y funciones desagregados como un insumo

para la prestación de sus propios servicios”.

“Comercialización de Servidos: Consiste en la puesta a disposición de un servicio por parte de un mayorista a otro mayorista para que este lo revenda al usuario final (agregando valor o modificándolos) o a otros proveedores de redes o de servicios”.

2. La comercialización bajo el nuevo régimen de telecomunicaciones

El reconocimiento de la comercialización de bienes y servicios como parte relevante del desarrollo del sector de las TIC, se hace palmario en el artículo [4o](#) de la Ley 1341 de 2009, que señala como uno de los fines de la intervención del Estado en dicho sector el “9. Garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, intervención que, conforme lo dispone el artículo [18](#), numeral 19 literal 6 del mismo ordenamiento jurídico, corresponde ejercer al Ministerio de TIC.

En consonancia con la anterior disposición, la figura de la comercialización se encuentra presente entre las funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, tal como lo disponen los numerales 11 y 21⁽²⁾ del artículo [22](#) de la Ley 1341 de 2009, en los que se atribuye a dicha entidad, en el primer caso, la función de ‘Señalar las condiciones de oferta mayorista y la provisión de elementos de red desagregados (...) **así como el desarrollo de un régimen eficiente de comercialización** de redes y servicios de telecomunicación”, y en el segundo, “Definir las condiciones en las cuales los operadores de comunicaciones, **comercializadores** y distribuidores deberán garantizar que las bandas de los terminales móviles estén desbloqueadas para que el usuario pueda activarlos en cualquier red (...) así como establecer las obligaciones de los proveedores de redes y servicios de comunicaciones, **comercializadores**, distribuidores o cualquier comerciante de equipos terminales móviles (...)” (El destacado es nuestro)

Ahora bien, partiendo de la base de que la comercialización de bienes y servicios de telecomunicaciones está presente en el nuevo régimen de telecomunicaciones, es preciso establecer si la noción de provisión de redes y servicios incluye la figura de la comercialización, para lo cual necesario resulta acudir a las normas que informan la materia.

Al respecto, el Decreto [4948](#) de 2009 “Por el cual se reglamenta la habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y el registro de TIC”, entiende por proveedor de redes y/o de servicios de telecomunicaciones a “la persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros”.

En una forma más amplia, la Resolución [202](#) de 2010, “Por la cual se expide el glosario de definiciones conforme a lo ordenado por el inciso segundo del artículo [6](#) de la Ley 1341 de 2009”, proferida por este Ministerio, contempla en su Artículo Primero el concepto de Proveedor desde tres ámbitos: Proveedor de Aplicaciones, Proveedor de contenidos y Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, y los define de la siguiente forma:

“PROVEEDOR DE APLICACIONES: Es la persona natural o jurídica que proporciona o suministra servicios de aplicación

PROVEEDOR DE CONTENIDO: Es la persona natural o jurídica que genera contenido

PROVEEDOR DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES: Es la persona jurídica responsable de la operación de redes y/o la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros” (Subrayas fuera de texto)

En el mismo sentido, el artículo 3 numeral 15 de la Resolución 3101 de 2011 “Por la cual se expide el régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones (...)”, expedida por la CRC, entiende al “Proveedor” como la “Persona natural o jurídica que sirviéndose de redes de telecomunicaciones, presta a terceros servicios de telecomunicaciones, provee contenidos y/o aplicaciones, o comercializa redes o servicios de telecomunicaciones. Dicho operador puede o no operar una red. (El destacado es nuestro)

De las anteriores disposiciones se desprenden las siguientes conclusiones:

(I) En su forma abstracta, la noción de “Proveedor” comprende a tres agentes del sector: (a) el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones propiamente dicho; (b) el proveedor de contenidos y/o aplicaciones; y (c) el comercializador de servicios de telecomunicaciones.

El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones es siempre una persona jurídica, cuyo negocio se enfoca principalmente a operar redes y/o proveer servicios de telecomunicaciones por su propia cuenta y a nombre propio, y por lo tanto es el directo responsable de tales operaciones;

(iii) Tanto el proveedor de aplicaciones y/o contenidos como el comercializador, bien pueden ser personas naturales o jurídicas, pero no son responsables de la operación de redes y/o la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros.

(iv) Estas dos características, como son, el tener la opción de actuar como persona natural y no ser el responsable de la operación de redes o la provisión de servicios de telecomunicaciones bajo su propio nombre y cuenta, es lo que diferencia al proveedor de aplicaciones y/o contenidos y al comercializador - intermediario-, del Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones.

(v) Como consecuencia de lo anterior, si bien la figura de la comercialización de servicios de telecomunicaciones hace parte del sector de las TIC, no corresponde al concepto de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y por lo tanto un comercializador de servicios no equivale a un proveedor de redes y servicios, pues, como se expuso, las características y alcance de cada uno de estos agentes se encuentran expresa y concretamente delimitadas

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso considerar el caso particular del **Operador Móvil Virtual -OMV-(3)**, ya que éste obra como un comercializador en el segmento del mercado mayorista, pero se comporta como un verdadero proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones en el mercado minorista, tal como lo explica el “Documento Amarillo Regulación de Mercados” publicado por la Comisión de regulación de Comunicaciones en agosto de 2011, del cual se extracta el siguiente aparte:

“(…) en un esquema de operación móvil virtual, éste -(se refiere al comercializador)- tiene la condición de proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones en tanto no es un mero distribuidor o agente comercial del proveedor que le sirve de host; en efecto, el operador móvil virtual es un diente de los proveedores de redes móviles en el mercado mayorista y un competidor suyo directo en el mercado minorista. (Subrayado nuestro)

Lo anterior, en concordancia con lo que ha sido señalado en el proyecto regulatorio sobre

Operación Móvil Virtual en Colombia, en el que se explica que “teniendo en cuenta las clases de operación móvil virtual actualmente identificadas en el sector de las telecomunicaciones, es claro que éstos concurren al mercado minorista con el fin de proveer servicios de comunicaciones a nombre y por cuenta propia, generándose así una relación contractual con sus suscriptores, independientemente de que para ello adquiera insumos (elementos de red o tráfico al por mayor) en el mercado mayorista.” (El subrayado y resalto son propios del texto original)

En suma, el operador móvil virtual es un comercializador en tanto es un agente que actúa en el segmento mayorista y proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones, en tanto concurre en el mercado minorista y presta servicios de telecomunicaciones bajo su cuenta y riesgo”
(Subrayado nuestro)

3. Sometimiento al régimen sancionatorio de la Ley [1341](#) de 2009

Según se desprende de la interpretación armónica del "Régimen de Infracciones y Sanciones" contenido en el Título IX de la Ley [1341](#) de 2009, se aprecia que el mismo está constituido a partir de las infracciones a las disposiciones legales y reglamentarias atinentes al sector de las TIC, en las cuales puede incurrir cualquier persona natural o jurídica, con la consecuente de hacerse acreedor a las sanciones de amonestación, multa, suspensión de la operación o caducidad del título habilitante, según se desprende en forma diáfana de la lectura del artículo 65 del mismo ordenamiento jurídico:

“ARTÍCULO 65. SANCIONES. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta ley con: (...)”

En ese orden de ideas, el régimen sancionatorio tiene un ámbito abierto de aplicación, puesto que, como se vio, está expresamente dirigido genéricamente a toda “persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo [64](#) entre las que se cuentan los proveedores de redes y/o servicios de telecomunicaciones, los proveedores de contenidos y/o aplicaciones, y para nuestro caso los comercializadores de servicios de telecomunicaciones⁽⁴⁾.

3. Conclusiones

Las consideraciones expuestas permiten a esta Oficina Jurídica llegar a las siguientes conclusiones:

(i) El comercializador de servicios de telecomunicaciones es un agente del sector de las TIC, y está genéricamente considerado como un “Proveedor”, mas no corresponde a la figura de Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones ya que su esquema de negocio se enfoca en la intermediación, esto es, comprar los bienes y/o servicios ofrecidos por el productor para ofrecerlos a otros agentes económicos.

(ii) Por estar comprendido como “Proveedor”, si está sujeto al régimen sancionatorio de que trata el Título IX de la Ley [1341](#) de 2009, según se desprende del contenido del artículo [65](#).

Finalmente, es conveniente recordar que en aplicación de lo establecido en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el presente concepto tiene una connotación de simple consejo, opinión o dictamen no formal cuyo propósito no es ser fuente de obligaciones ni resolver un punto objeto de litigio y en razón de ello no es de

obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,

FERNEY BAQUERO FIGUEREDO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTA FINAL

(1) Fuente Comisión de Regulación de Comunicaciones: “Régimen de comercialización de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, Documento Amarillo Regulación de Mercados” (Agosto de 2001)

(2) Numeral adicionado por el artículo [106](#) de la Ley 1453 de 2011

(3) “Un operador móvil virtual u OMV (en inglés Mobile Virtual Network Operator o MVNO) es una compañía de telefonía móvil que no posee una concesión de espectro de frecuencia (en Colombia permiso para el uso de ERE), y por tanto carece de una red propia de radio. Para dar servicio, debe recurrir a la cobertura de red de otra empresa (o empresas) con red propia (un Operador Móvil con Red, u OMR) con la(s) que debe suscribir un acuerdo. (...) Los papeles y la rotación de un OMV con la operadora móvil propietaria de la red (OMR) varían según la situación comercial del mercado y la regulación legal del país donde operen. En general, un OMV es una entidad independiente de la operadora con red que le da el servicio, lo que le permite fijar sus propias tarifas. Por definición, u OMV no dispone de ninguna infraestructura de radio, al no tener autorización legal para prestar este servicio. Así, ningún OMV dispondrá de estaciones base propias, dando servicio al cliente las del OMR correspondiente. Sin embargo, en cuanto el resto de infraestructura las cosas pueden ser distintas”. (Fuente: www.wikipedia.org) Ejemplos de OMV’s en Colombia son los operadores uff Móvil UNE Y ETB

(4) Obsérvese para el caso a los vendedores de equipos terminales móviles, quienes pese a no ser proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, son sujetos de la función sancionatoria de este Ministerio



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de enero de 2024 - (Diario Oficial No. 52.643 - 19 de enero de 2024)



MINTIC