



De Vivero & Asociados

ABOGADOS

Bogotá D.C., 16 de octubre de 2020

Doctor

CAMILO JIMENEZ SANTOFIMIO

Director de Infraestructura

**MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES - MINTIC**

Ciudad

Asunto **Concepto – Usuarios activos/inactivos**

Respetado doctor,

De acuerdo con la solicitud realizada mediante correo electrónico del 13 de octubre de los corrientes, con alcance del 14 de octubre a continuación se realizan las consideraciones sobre la consulta realizada:

1. Solicitud de Concepto

Mediante correo electrónico del 13 de octubre se realizó la siguiente solicitud:

“En el marco de la ejecución de los Contratos de Aporte N° 855, 856, 857, 858 y 864 de 2019, mediante los cuales se implementa el proyecto Incentivos a la Demanda de Internet Fijo, y los contratos de Aporte N° 873, 876 y 877 de 2019 del proyecto Incentivos a la Demanda de Internet Fijo – Fase 2, suscritos con el operador COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A., es necesario señalar los siguientes antecedentes(sic), que fundamentan la presente solicitud de concepto:

- 1. El anexo técnico de los Contratos de Aporte señalados, específicamente en el numeral 1.1 DEFINICIONES del punto 1. ASPECTOS GENERALES DEL PROYECTO,*



De Vivero & Asociados

ABOGADOS

definen al Suscriptor como “Beneficiario del Servicio de Internet Fijo (hogar) conectado mediante alguna de las tecnologías de acceso, el cual goza de los servicios de conectividad y prestaciones digitales a través de su conexión a internet.”

2. *Adicionalmente, el anexo técnico de los Contratos de Aporte en mención establecen en el numeral 4 del punto **2.4 ETAPA DE OPERACIÓN**, que “En el evento en el que un usuario se **desconecte**, antes de completar el plazo mínimo de operación contemplado en el contrato, (...), el ejecutor tendrá hasta 20 días calendario para sustituirlo por uno nuevo. En este caso, el ejecutor deberá informar de inmediato, a la supervisión e interventoría, sobre la desconexión, y realizar la actualización respectiva en la base de datos indicando el estado inactivo del usuario. La interventoría tendrá 15 días hábiles para aprobar la sustitución, una vez valide el lleno de requisitos de comercialización y puesta en servicio. (...) **El procedimiento anterior se aplicará también en aquellos casos en que, por razones de no pago, el ejecutor decida sustituir un suscriptor por otro.**” (Negrilla y subraya fuera de texto)*
3. *De acuerdo con lo anterior, en la realidad actual, el contrato únicamente establece dos estados en los que se pueden encontrar los usuarios o beneficiarios, estos son: **conectado y desconectado.***
4. *A través de diversas comunicaciones, el Operador COMCEL S.A., solicitó el reconocimiento de un tercer estado de usuario o beneficiario, correspondiente al estado de **SUSPENDIDO**, respecto del cual considera que no sería procedente el reemplazo o sustitución contenido en el punto 2.4 ETAPA DE OPERACIÓN del Anexo Técnico de los Contratos de Aporte. Lo anterior se consolidan en los siguientes términos: “(...) De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que cuando un usuario se encuentra en mora se le suspende el servicio, más no se le cancela o termina el contrato, es un suscriptor que no cumple la condición para ser reemplazado porque precisamente su contrato está vigente; y es que no puede ser de otra forma, porque cuando el usuario paga su factura atrasada se levanta la suspensión y sigue disfrutando de su servicio, repito, sin que se le termine el contrato. Debe tenerse en cuenta que si no existiera la figura de la suspensión, cada que vez que un usuario entrara en mora se le cancelaría el contrato, lo que implica desconexión de los equipo a la red de telecomunicaciones y la recogida de los mismos por parte del operador; y para poder tener servicio de nuevo debería firmar un nuevo contrato, pagar un nuevo cargo por conexión, llevar a cabo una nueva instalación y empezar con la prestación de un nuevo servicio. Lo cual no ocurre por efecto de la suspensión, que permite, que ante el no pago de la factura se suspenda el servicio y una vez pague se le presta el servicio de nuevo sin que tenga que firmar un nuevo contrato, porque precisamente no se termina o cancela el mismo con ocasión de la suspensión.”*



De Vivero & Asociados

ABOGADOS

5. *Como consecuencia de la solicitud del Operador, la Supervisión corrió traslado a la Interventoría con la finalidad que se pronunciase respecto a su solicitud y emitiera su concepto y las recomendaciones necesarias a que hubiese lugar.*
6. *En respuesta al traslado indicado, la interventoría se pronunció indicando: “Así las cosas, la calidad que ostenta todos aquellos usuarios que por motivo de suspensión del servicio por no pago sería la de inactivo para efectos del contrato de aporte, en atención a la necesidad de garantizar el aprovechamiento del servicio en los meses restantes” (sic)*
7. *Por su parte, con base en las respuestas dadas por la Interventoría, la Supervisión consideró que: “esta supervisión se permite indicar que comparte y acoge la posición, argumentos y conclusiones planteadas por la Interventoría y considera que una de las características esenciales de los beneficiarios del proyecto es que se encuentren conectados al servicio de internet fijo, es decir, que exista conexión y prestación efectiva del servicio, por lo cual, el usuario que se encuentre suspendido por el contratista adquiere el estado de inactivo y por tanto, COMCEL S.A., deberá informar a la interventoría y sustituirlo por otro, conforme al procedimiento indicado en el Anexo Técnico de los Contratos de Aporte del Proyecto de Incentivos a la Demanda de Internet Fijo”.*
8. *No obstante lo anterior, el efecto práctico de considerar a los beneficiarios suspendidos como inactivos, generaría consecuencias negativas y de alto impacto de cara a la consecución de los fines, naturaleza y razón de ser del Proyecto Incentivos a la Demanda de Internet Fijo, entre otras razones porque las suspensiones de corto tiempo conllevarían a que, desde una lectura exegética del acuerdo de voluntades, el usuario deba ser reemplazado. No obstante, reiteramos, la finalidad del proyecto es proveer de internet a la mayor cantidad de los beneficiarios y de una manera continua e ininterrumpida.*
9. *En este orden de ideas, desde la supervisión se considera necesario determinar la viabilidad jurídica para que a través de la vía o mecanismo adecuado, modificar o aclarar los contratos y el Anexo técnico, en el sentido de incluir el estado de usuario suspendido, como una categoría aplicable al contrato, sin que ello constituya una afectación a la esencia o la desnaturalización del mismo.*
10. *Adicionalmente, en aras de actuar bajo el marco normativo aplicable, la supervisión considera necesario, en caso de que se de viabilidad jurídica para lo puntualizado anteriormente, poder determinar la posibilidad de que la Entidad contratante establezca plazos y condiciones específicas de aplicación para el estado de usuario o beneficiario suspendido. En ese sentido, cuál sería el plazo razonable durante el cual se puede entender un usuario como suspendido, de forma tal que cumplido dicho*



De Vivero & Asociados

ABOGADOS

termino se aplique el procedimiento ya establecido por el contrato para la sustitución de los usuarios “desconectados”.

Finalmente, se resalta que dada la similitud de trazabilidad de comunicaciones entre los contratos en mención, únicamente se adjuntan las comunicaciones presentadas para el contrato N° 855 de 2019, correspondiente el Proyecto Incentivos a la Demanda de Internet Fijo - Fase 1 y las comunicaciones de los contratos N° 876 y 877 de 2019, correspondiente el Proyecto Incentivos a la Demanda de Internet Fijo - Fase 2.

Así las cosas, en aras verificar el cumplimiento de la finalidad que se pretende satisfacer con el Proyecto de Incentivos a la Demanda de Internet Fijo, preservando la correcta e idónea ejecución del objeto contratado, respetuosamente solicitamos por parte de su oficina, realizar el análisis correspondiente del caso y emitir el concepto respectivo, respecto a la decisión que pueda y deba adoptar el Fondo Único de TIC, frente a la solicitud presentada.”

Posteriormente, mediante correo electrónico del 14 de octubre se dio alcance a esta consulta, de la siguiente manera:

“Dando alcance a la consulta enviada el día de ayer, COMCEL radicó para los dos proyectos, unos nuevos comunicados donde solicitan: “(...) con el fin de precisar el procedimiento que debe darse a los suscriptores suspendidos por mora en el pago y a suscriptores que COMCEL haya decidido desconectar por falta de pago (...)

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que para todos los contratos de los dos proyectos radicaron comunicados similares, se adjunta al presente correo un comunicado de cada uno de los proyectos (Demanda I y Demanda II) de los contratos de aporte 855 de 2019 y 877 de 2019, como complemento, para su revisión en el marco de la consulta.”

2. Análisis jurídico

La consulta realizada se refiere a la “viabilidad jurídica para que a través de la vía o mecanismo adecuado, modificar o aclarar los contratos y el Anexo técnico, en el sentido de incluir el estado de usuario suspendido, como una categoría aplicable al contrato, sin que ello constituya una afectación a la esencia o la desnaturalización del mismo.”



De Vivero & Asociados

ABOGADOS

De acuerdo con lo anterior, este concepto analizará la posibilidad de incorporar al Anexo Técnico de los Proyectos Demanda I y Demanda II la categoría de “usuario suspendido”.

Para estos efectos, es preciso tener en cuenta la regulación puntual contenida en el Anexo Técnico, que es el eje central de la consulta. En efecto, el literal d) del numeral 2.4. ETAPA DE OPERACIÓN, señala:

“d. Estado de usuarios activos

El ejecutor deberá mantener actualizado el estado del usuario, indicando si se mantiene activo o no. *En el evento en que se realicen traslados del servicio, por solicitud del usuario, el ejecutor deberá registrar la novedad en su sistema de información, a más tardar durante los siguientes 8 días hábiles a la reinstalación, consignando los soportes correspondientes.*

La interventoría validará esta información para efectos de aprobar las sustituciones de los usuarios. A través del sistema de gestión del operador, la interventoría verificará que los suscriptores beneficiados por el proyecto se encuentren activos mes a mes.” (Resaltado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, debe mantenerse actualizado el estado de los usuarios, indicando para ello, si está activo o no, con la posibilidad de realizar traslados de servicio.

Ahora bien, el subnumeral 4 del numeral 2.4 ETAPA DE OPERACIÓN indica lo siguiente:

“4. En el evento en el que un usuario se desconecte, antes de completar el plazo mínimo de operación contemplado en el contrato, esto es los 24



De Vivero & Asociados

ABOGADOS

meses de operación financiados por el proyecto, y el número de meses adicionales ofertado, el ejecutor tendrá hasta 20 días calendario para sustituirlo por uno nuevo. En este caso, el ejecutor deberá informar de inmediato, a la supervisión e interventoría, sobre la desconexión, y realizar la actualización respectiva en la base de datos indicando el estado inactivo del usuario. La interventoría tendrá 15 días hábiles para aprobar la sustitución, una vez valide el lleno de requisitos de comercialización y puesta en servicio. En esos casos, el ejecutor deberá informar al nuevo suscriptor cuál es la cantidad de meses que financiará el Fondo Único de TIC (equivalentes al número de meses que reste desde la puesta en servicio hasta completar 24 meses sin que en ningún caso supere el 31 de julio de 2022) y el plazo extendido según la oferta del adjudicatario. **El procedimiento anterior se aplicará también en aquellos casos en que, por razones de no pago, el ejecutor decida sustituir un suscriptor por otro.**

(...)”

De acuerdo con este numeral:

- Si el usuario se desconecta antes de completar el plazo mínimo de operación, el contratista tiene 20 días para sustituirlo y ofrecerle a otro usuario el tiempo remanente de servicio, para lo cual se debe surtir el procedimiento correspondiente. Una vez desconectado el usuario, se tratará de un usuario inactivo.
- La sustitución también aplicará para aquellos casos en que por no pago del usuario, **el ejecutor decida sustituir un suscriptor por otro.** En este caso, no queda claro si estos usuarios deben ser tratados como usuarios inactivos, pues el anexo señala que éstos son aquellos a quienes se les haya desconectado el servicio.



De Vivero & Asociados

ABOGADOS

En estos términos, existe la posibilidad de desconectar usuarios en razón al no pago de su factura, caso en el cual, se debe seguir el mismo procedimiento previsto para el caso en que el usuario se desconecte. Hasta tanto el usuario no sea desconectado, no podría hablarse de un usuario inactivo, sin embargo, tampoco será un usuario activo, pues el servicio le fue suspendido por la falta de pago.

Bajo este entendido, si bien sólo existen dos categorías contractuales de usuarios: activos o inactivos, el Anexo Técnico prevé que los usuarios que no paguen pueden ser sustituidos, sin embargo, hasta tanto ello no ocurra sería improcedente hablar de un usuario inactivo. Así, los usuarios que no paguen y no hayan sido sustituidos por otro suscriptor, no podrían entrar automáticamente en la categoría de usuarios inactivos, entendiendo éstos como aquellos que decidieron desconectarse y deberán ser sustituidos.

Considerando lo anterior, dado que la falta de pago por parte del usuario no implica su sustitución inmediata, ni su clasificación como usuario inactivo, se genera la necesidad de crear la categoría de “usuario suspendido”, con el fin de regular la condición en la que quedan los usuarios que se han abstenido de realizar el pago del y a quienes no se les está suministrando el servicio por esa razón. Así mismo, se requiere determinar por cuánto tiempo pueden mantenerse en dicho estado, y cuándo deberían ser sustituidos.

De esa manera, al carecer el Anexo Técnico de dicha regulación, se requiere que las partes acuerden reglas claras sobre el trato de este tipo de usuarios, y así garantizar que se cumpla la finalidad del contrato. En efecto, por una parte, la desconexión de los usuarios que no pagan no ocurre de manera inmediata, lo cual es consistente con la mayoría de servicios públicos, en los que la falta de pago genera la suspensión del servicio, y no necesariamente la desconexión. Sin embargo, ante la ausencia de reglas, puede generarse una continuidad indefinida del status de usuario suspendido, que va en contra del objetivo del contrato que es la prestación del servicio y en ese caso, no



De Vivero & Asociados

ABOGADOS

se estaría prestando, y en todo caso, un limbo en relación con el aporte que hace el FONDO en relación con ellos.

En conclusión, se considera que existe la necesidad de introducir una modificación al contrato, en la que se regule la calidad de los “usuarios suspendidos”, que si bien no se consideran como usuarios inactivos en el contrato, pueden ser sustituidos, conforme lo dispone el Anexo Técnico de los contratos, sin embargo, no se dice

3. La modificación de los contratos estatales

Uno de los principios derivados de los artículos 209¹ y 334² de la Constitución Política es el principio de planeación. En desarrollo del principio de planeación, los contratos deben prever las obligaciones necesarias para cumplir la necesidad que pretende suplir la entidad con la celebración del acuerdo de voluntades. En ese sentido, la modificación del contrato sólo puede justificarse cuando se busca lograr la finalidad de la contratación y, en últimas así, materializar los fines del Estado.

En ese orden de ideas, la modificación de los contratos estatales es posible a la luz de los principios constitucionales indicados previamente, cuando sea necesaria para

¹ CONSTITUCIÓN DE 1991. Artículo 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

² CONSTITUCIÓN DE 1991. Artículo 334: “<Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.”



De Vivero & Asociados

ABOGADOS

alcanzar las finalidades que se pretenden satisfacer con la ejecución del contrato cuya modificación se requiere³.

Finalmente, es pertinente señalar que no todo hecho puede ser generador de una modificación o adición de los contratos estatales. Para poder modificar el contrato estatal se requiere una causa real y cierta, acorde con los fines del Estado, que esté debidamente sustentada y probada, y que no modifique elementos de la esencia del contrato, so pena de estar sustituyéndolo por otro diferente sin el cumplimiento de las formalidades propias de los contratos estatales⁴.

De acuerdo con las consideraciones realizadas en el capítulo previo, se encuentra necesario para el cumplimiento de los fines estatales, regular la categoría de los “usuarios suspendidos” con el fin de evitar que éstos sean sustituidos de manera inmediata, lo cual implica su desconexión del servicio, pues al haberse verificado previamente su elegibilidad, se estaría sustrayendo el servicio de internet a población beneficiaria del proyecto, limitando su derecho de acceso al mencionado servicio. Sin perjuicio de ello, y considerando que el objeto del contrato es la prestación del servicio de internet, los “usuarios suspendidos” también deberán ser regulados para que su status no sea indefinido, y en el evento de transcurrir un tiempo prudencial, sean desconectados para que otras personas con las mismas características fijadas en el Anexo Técnico puedan acceder a dicho servicio.

4. Conclusiones

De acuerdo con lo anterior, se encuentra lo siguiente:

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012. Referencia: expediente D-8699. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-300 de 2012. Referencia: expediente D-8699. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. También ver: CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009. Radicación número: 1952. Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.



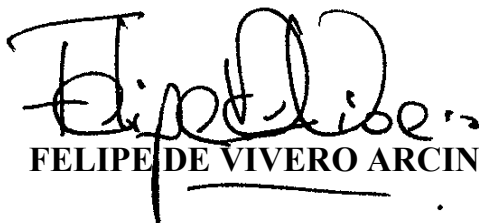
De Vivero & Asociados

ABOGADOS

- El Anexo Técnico de los Proyectos Demanda 1 y Demanda 2 sólo prevé usuarios activos e inactivos. Los usuarios activos son aquellos a quienes se les presta el servicio de internet, mientras los usuarios inactivos, corresponden a aquellos usuarios desconectados y sustituidos.
- Los usuarios que no realizan el pago del servicio, no estarían en ninguna de las categorías antes señaladas, pues solo serán usuarios inactivos, cuando sean sustituidos.
- De conformidad con el Anexo Técnico, los usuarios que no realizan el pago del servicio pueden ser sustituidos, por decisión del contratista, sin embargo, el Anexo Técnico no prevé las reglas para su sustitución.
- En razón a la inexistencia de una clasificación contractual de los usuarios que no pagan el servicio, se considera viable jurídicamente incluir una categoría de “usuarios suspendidos” con el fin de establecer las reglas que serán aplicables a tal categoría.
- Entre las reglas que se deben establecer para los usuarios suspendidos, están las condiciones de sustitución, esto es, el término durante el cual un usuario puede estar suspendido, antes de su sustitución, y el manejo contractual que se les deberá dar, en tanto realizan el pago que les corresponde, así como la regulación frente al aporte que realiza el FONDO por cada uno de ellos.

Quedo a su disposición en caso de requerir cualquier aclaración sobre los términos del presente alcance al concepto.

Atentamente,



FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS