MARCO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LAS ACTUACIONES DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES - PST

5

La llegada de las nuevas tecnologías ha presentado a la humanidad grandes cambios en la estructura social y ha replanteado las relaciones entre todos los individuos. Esta nueva situación tiene sin lugar a dudas consecuencias sobre el ordenamiento jurídico del Estado, que no se ha analizado de forma profunda o sencillamente no se ha contemplado todavía, a lo que no son ajenas las nuevas relaciones surgidas entre los privados y el Estado, por la prestación de servicios o su intermediación y la responsabilidad que se puede derivar, como en el caso de los proveedores de servicios de telecomunicaciones o PST.

Aún es incierto el alcance de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en la estructura jurídica del país debido, principalmente, al hecho de que se están implementando de manera acelerada acciones a todos los niveles de la administración pública, sustentadas por una política pública que ordena, según los Conpes 3072 del 2000 y 3650 del 2010, la creación e implementación de medios electrónicos en la interacción entre los ciudadanos y el Estado. Es el caso de la intermediación que hacen los Operadores de Comunicaciones o Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones (PST),[257] entre el ciudadano

257 Los PST también son llamados proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, según la legislación colombiana. Aquí su sentido se torna mucho más amplio, incluyendo la provisión de los medios físicos para la comunicación (redes).

y la administración, y como se puede derivar de esta intermediación una responsabilidad estatal, por ejemplo, cuando la prestación del servicio sufre una falla y como consecuencia se presenta una interrupción de la comunicación entre estos individuos y el Estado, que pueda acarrear la violación de derechos; caso concreto de la imposibilidad de participar en una licitación pública por falla del sistema, cuando la culpa es imputable al PST.

Una de las consecuencias que debe ser estudiada es la que se deriva de las actuaciones del propio Estado, teniendo en cuenta que estas pueden causar un daño antijurídico a los demás sujetos con los que interactúa.[258] Temas como la protección de los derechos fundamentales, la protección de los datos de carácter personal, la publicación de contenidos (ya tratados en capítulos anteriores del libro) y en especial, el papel de los proveedores de servicios de telecomunicaciones. Cabe aclarar que ante diversas definiciones y aproximaciones de quienes prestan los servicios de telecomunicaciones como operadores; prestadores de servicios de la sociedad de la información; proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones; proveedor de servicios de comunicaciones u operadores de comunicaciones han decidido acoger un concepto mixto construido a partir de estas definiciones y sustentado en Ley 1341 del 2009, en las resoluciones 202 y 588 del 2010 del Ministerio de Telecomunicaciones o la resolución 3066 del 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, definiéndolos para los afectos de esta investigación, como los Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones (PST). Este análisis se hará desde la perspectiva de cuando los PST prestan los servicios en la actuación del Estado por medios electrónicos o sirven de intermediarios para su prestación, derivan en la necesidad del entendimiento, desde una nueva óptica jurídica, de la relación entre la responsabilidad y las actuaciones de la administración pública.

Este entendimiento de la responsabilidad estatal en sus actuaciones dentro de las TIC se debe concebir en un sentido amplio, en el que se contemple la aparición de nuevas fuerzas que interactúan a todos los niveles del ordenamiento jurídico, que pueden vulnerar derechos fundamentales y originar responsabilidad, donde las actuaciones de las administraciones públicas, en último término, se redefinen.

258 Libardo Rodríguez, *Derecho Administrativo. General y colombiano*, 17 ed. (Bogotá: Temis, 2011).

Esta posible responsabilidad se debe al conjunto de políticas públicas, leyes y decretos que se han creado en los últimos quince años en Colombia y que han contribuido a generar este conjunto de nuevas situaciones y relaciones jurídicas, que llevan a plantear el tema de la responsabilidad como un punto central del papel que juega y jugará el Estado a través de medios electrónicos.

Ya existe en la doctrina y en la legislación internacional, el precedente establecido de responsabilidad para los proveedores de servicios de telecomunicaciones en materia penal, por la no prevención de la actuación que causa el daño antijurídico a los usuarios de sus servicios[259] y que hace presumir que también existe una responsabilidad de los PST en otro tipo de situaciones cuando se relaciona con la administración y los ciudadanos. Si esto es así, existirá por tanto la responsabilidad del Estado conexa a la de los PST, si estos actúan en su nombre o como intermediarios.[260]

El caso de estudio del presente capitulo está dado por la relación entre los ciudadanos y el Estado cuando intervienen los PST y la fundamentación de la responsabilidad generada; y enmarca las situaciones concretas en las que la administración actúa con las personas naturales y jurídicas por medios electrónicos, para lo cual se necesita de intermediarios que faciliten o medien en el proceso, que actúen en nombre o representación de la administración pública supliendo sus actuaciones o cuando el Estado como garante del ordenamiento jurídico tiene el deber de regular y vigilar el cumplimiento de las funciones de los PST.

Por tanto, se intentará definir la relación entre el Estado y los proveedores de servicios de telecomunicaciones por medio de conceptos, los sujetos intervinientes, las fuentes, la responsabilidad de los operadores en la ley y la configuración de una posible responsabilidad del Estado.

259 Javier Gustavo Fernández Teruelo, "Las implicaciones penales de la LSSICE para los proveedores de servicios de internet" en Cotino Hueso, L. (ed.). *Libertades en Internet. La red y las libertades de expresión e información* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2007).

260 También se puede consultar en materia de la responsabilidad penal de los operadores a Óscar Morales García, "Criterios de atribución de responsabilidad a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información". *RDPP*, núm. 5, (2001), 139-167.

El concepto de TIC y su rol en la relación entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones y la administración pública

Como primera medida se debe establecer que se presenta una relación entre la administración y los PST, definida en el marco internacional principalmente por la concepción relacional que existe entre Europa y los Estados Unidos a la hora de abordar el tema. Allí se establece claramente que la administración y los PST son dependientes y copartícipes de una relación, en el contexto de las funciones que cumplen y en su conexidad con las funciones del otro.[261] A su vez, se sustenta en el derecho administrativo por los mismos motivos.[262]

Por otro lado, en los Estados Unidos la *Communications Decency Act*[263] y la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)[264] se ocupan de la responsabilidad y sirven de referencia de derecho comparado. La legislación de Estados Unidos exculpa a la administración y el tema se suscribe a la relación entre el contratante (administración) y contratista (operador o PST). La responsabilidad recae sobre los PST y no sobre la administración, concentrando el tema a los derechos de autor y a la entrega de información en materias civil y penal, cuando se tenga conocimiento de delitos cometidos.

La relación está dada por la propia definición del concepto de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y la acción concreta en la que interactúan el Estado y los PST.

261 Javier Cremades y Xaime Rodríguez-Arana, coords., *Comentarios a la Ley general de Telecomunicaciones, La Ley 2004* (Navarra, España: Aranzadi, 2004); Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo y José Vida Fernández, *Telecomunicaciones* (Madrid España: Portal Derecho, 2009). Luis González de la Garza, *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa: redes sociales especializadas, neutralidad de la red y dividendo digital* (Madrid: La Ley, 2011); Juan José Montero Pascual, *Derecho de las telecomunicaciones* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007).

262 José Luis Palma Fernández, "Telecomunicaciones". Enero 2002 (Ejemplar dedicado a: Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración); Joaquín García Bernardo de Quirós (dir.), "La regulación de las telecomunicaciones y la administración", José Marja Souvirón Morenilla, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, No. 303, (enero-bril 2007). José Giménez Cervantes, *Alcance de las potestades de intervención de la CMT en los contratos de acceso a la Red*, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 313, (2011), 47-61; Carlos E. Delpiazzo, "Telecomuniaicones y administración" en *Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*, Fernando Galindo (Madrid: Thomson Civitas, 2006).

263 Canada. Telecommunication Act. S.C. 1993, c. 38, (Last amended on June 29, 2012). Ministerio de Justicia, Canadá. (2014).

264 U.S. Digital Millennium Copyright Act. Public Law 105–304-Oct. 28, 1998.

Para ello el artículo 6 de la Ley 1341 del 2009[265] por la cual el Gobierno nacional definió los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones y que define a las TIC como: "[…] 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, vídeo e imágenes". Esta norma lleva a establecer que todas las actuaciones del Estado o de un particular que estén encaminadas al tratamiento de información propia o de los individuos por cualquier medio electrónico o físico, se puede incluir como parte del sector TIC, y ya no solo las propias actuaciones que realizan las personas por medios electrónicos. Es el conjunto y en ellos se podrían incluir sistemas tan diversos como el Internet, la TV, el teléfono o incluso el telégrafo.

En el artículo 9, la Ley 1341 del 2009, define quién puede ser considerado como parte del sector TIC: empresas que manufacturen, comercialicen o presten servicios que den como resultado productos que recojan, procesen, creen, transmitan o expongan datos o información por medios electrónicos. Aquí llama la atención si se suscribe a medios electrónicos concretamente. A su vez en ese mismo artículo establece los parámetros que caracterizan a estos sujetos cuando se prestan servicios: "[…] Para las industrias de servicios, los productos de esta industria deben estar diseñados para permitir la función de tratamiento de la información y la comunicación por medios electrónicos, sin afectar negativamente el medio ambiente." Y aquí surge una inquietud: ¿puede entonces el Estado ser parte del sector TIC? La administración pública no es una industria, pero es innegable que de la definición amplia de las TIC que hace la propia ley, se incluye al Estado como parte del sector TIC y no solo de forma indirecta por medio de las empresas prestadoras de servicios que hagan parte de su estructura, sino de manera directa como quiera que el Estado presta servicios o los delega en particulares, a los que debe vigilar y controlar y sobre los cuales delega funciones que le corresponden.

265 Ministerio TIC, Ley 1341 del 2009.

La administración como proveedor del servicio de telecomunicaciones y la delegación del servicio en los particulares

El Estado puede delegar competencias a los particulares según la normatividad vigente en Colombia,[266] al hacer referencia a las calidades del funcionario público. A su vez, el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y en especial de la Ley 678 del 2001, "por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición", lo establece en temas generales de responsabilidad.

La administración puede, y de hecho es, un proveedor de servicios de telecomunicaciones, que en muchos casos delega esta función en los particulares, determinando las calidades de los contratistas como servidores públicos. Por tanto, esta condición establece claramente que un particular puede a su vez ser un servidor público. Igualmente, la administración puede contratar y suplir actividades que requiere para su funcionamiento y para la extensión de la responsabilidad, por lo que a su vez, el particular puede ser responsable lo que implica que la responsabilidad también se extiende a la propia administración.

La legislación colombiana establece claramente los elementos de la responsabilidad, como las sentencias del Consejo de Estado 10948 y 11643 del 21 de octubre de 1999,[267] que definen la ruta a seguir para la vinculación por responsabilidad y su existencia, tanto para la administración como para los PST en los casos que se delega.

El cuerpo normativo

Existe un cuerpo político y legislativo que sustenta la búsqueda de la relación de responsabilidad entre los PST y el Estado. Están los documentos que justifican el desarrollo de políticas públicas para la intervención del Estado en el sector de las telecomunicaciones y la transformación de sus actuaciones con los ciudadanos

266 Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo. General y colombiano*. 17 ed. (Bogotá: Temis, 2011).

267 Consejo de Estado, *Sentencias 10948*, C. P. Alier Hernando Hernández Enríquez y *11643 de 1999*, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

como el Conpes[268] 3072 del 2000 conocido como la Agenda de Conectividad que establece la justificación, los plazos y procedimientos para la inclusión de las TIC en Colombia y el papel que el Estado juega como constructor, promotor y sobre todo, como agente activo del sector. Y el Conpes 3650 del 2010 fija la importancia estratégica de la política pública del Gobierno en línea, por la cual el gobierno tiene la obligación de relacionarse con los ciudadanos por medios electrónicos, buscando la implementación de estas tecnólogas en plazos definidos y de la cual debe surgir una responsabilidad.

En el ámbito legislativo se encuentra la Ley 527 de 1999 que reguló la firma electrónica y se complementó con el Decreto 2364 del 2012; la Ley 1480 del 2011 –que establece el estatuto del consumidor y asigna funciones y medios en el sector TIC–, la Ley 1564 del 2012 que creó el Nuevo Código General del Proceso e incluye la regulación de las actuaciones judiciales del Estado por medios electrónicos; la Ley 1437 del 2011 que crea el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y establece la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo; la Ley 1266 del 2008 sobre *habeas data*; la Ley 1581 del 2012 sobre protección de datos personales, la Ley 1712 del 2014 sobre el acceso a la información pública o el Decreto 2573 del 2014 que establece los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en línea.

En materia de PST se puede hacer referencia a la Ley 1341 del 2009 "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", y además se crea la Agencia Nacional del Espectro, encargada de regular el espacio físico que permite las comunicaciones; también el Decreto 2693 del 2012 que establece los lineamientos generales de la estrategia del Gobierno en línea y ayuda a reglamentar las leyes 1341 del 2009 y 1450 del 2011, que establece el plan de desarrollo del país para el periodo 2011-2014; el Decreto 1972 del 2003 del antiguo Ministerio de Comunicaciones[269] "por el cual se establece el régimen unificado de contraprestaciones por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los trámites para su liquidación,

268 Estos son los documentos que expide el Consejo Nacional de Política Económica y Social adscrito al Departamento Nacional de Planeación y que fija los lineamientos de Colombia en temas de políticas públicas y su desarrollo.

269 Actualmente el Ministerio TIC.

cobro, recaudo y pago"; o el Decreto 4948 del 2012 del Ministerio TIC "por el cual se reglamenta la habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y el registro de TIC".

Sin embargo, y pese a este gran esfuerzo legislativo, es notoria la falta de articulación que existe entre las diferentes normas y sobre todo el desconocimiento generalizado sobre sus implicaciones, sus alcances y la responsabilidad que se puede derivar de las actuaciones que ordenan.

Los sujetos que intervienen

Así como existe un cuerpo normativo que sustenta el sector de las TIC, existen unos sujetos relevantes para el ordenamiento jurídico, que se definen de la siguiente manera: los usuarios, los proveedores de aplicaciones, los proveedores de contenidos y los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Definido en la Resolución 202 del 2010 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), sustentado por el mandato que le confiere el artículo 6 de la Ley 1341 del 2009, para que expida un conjunto de definiciones relativas al sector TIC, en concordancia con la regulación internacional.[270]

Los usuarios son todas las personas naturales o jurídicas que consumen los servicios que utilizan tecnologías de la información y la comunicación.

Los proveedores de aplicaciones son las personas naturales o jurídicas que proporcionan servicios para aplicaciones por medios electrónicos.

Los proveedores de contenidos son las personas naturales o jurídicas que generan un contenido determinado dentro del sector TIC.

Y los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (los PST) son las personas jurídicas responsables de la operación de redes o provisión de servicios de telecomunicaciones.

Entonces, tres actores intervienen en la relación de responsabilidad (ciudadanos, Estado y los PST), que actuarían de la siguiente manera: los ciudadanos serían o podrían ser considerados como los usuarios de los servicios, los operadores serían los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y el Estado

270 La regulación internacional en materia TIC que obliga a Colombia es la que emana principalmente de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de los tratados internacionales vigentes que ha suscrito Colombia con otros Estados. Un buen ejemplo de ello pueden ser los tratados de libre comercio TLC, suscritos con Estados Unidos o Europa, en los que el país debe a su vez modificar su legislación en diversos temas.

podría actuar en una función mixta, bien como un proveedor de aplicaciones, como un proveedor de contenidos o incluso como un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones, dependiendo del caso.

En el proyecto de ley se introduce el tema de la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet. En el 2011 se presentó pero se archivó el concepto de prestador de servicios de Internet o proveedores de servicios de Internet, conocidos como *Internet Service Providers*, (ISP) es decir, operadores de telecomunicaciones que hacen parte de la intermediación de Internet desarrollada por medio de diferentes modalidades que incluyen el acceso a Internet, el alojamiento de páginas y el ofrecimiento de servicios como el comercio electrónico y las redes sociales[271] y que se definían como aquellos que desarrollan alguna o varias de estas actividades:

1. La transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para materiales sin modificaciones en su contenido o el almacenamiento intermedio y transitorio de dicho material en el curso de ello.[272]
2. El almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático (*caching*).[273]
3. El almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el proveedor de servicios.[274]
4. Referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios.[275]

Y dentro de sus funciones se destacan:

1. Brindar el acceso a la red: posibilitar la conexión a Internet, es decir, realizar el enlace entre las redes de ordenadores.[276]

271 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 241 – Ley Lleras. 2011. "Por la cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet". Archivado. Colombia.

272 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 241 – Ley Lleras. 2011

273 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

274 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

275 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011

276 Gabriela Isabel Guerriero, "El seguro de responsabilidad civil de la ISP". Asociación Argentina de Alta Tecnología http://www.aadat.org/el_seguro16.htm (acceso diciembre 1, 2014); Delia Lipszyc, "La responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación en línea", *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Año 11, Nº. 2. (febrero 2009); En Senado de Colombia. Proyecto

2. Hospedaje de páginas web: almacenamiento y alojamiento en su servidor a fin de que los usuarios puedan conectarse a través de un PSI, acceder a los contenidos y recuperarlos.[277]
3. Servicio de *mail* o correo electrónico: posibilita el envío de correspondencia, archivo o mensaje que se transmite a una o más personas en la red.[278]
4. Desenvolvimiento de *web sites*: facilitar la puesta a disposición y desarrollo de los sitios web, alojándolos en su servidor.[279]
5. Servidor Proxy: mecanismo de seguridad implementado por el PSI en un entorno de Intranet para desactivar el acceso o filtrar las solicitudes de contenido para ciertas web consideradas ofensivas o dañinas para la red y los usuarios.[280]
6. Salas de chat: espacios de conversación que requieren la presencia en tiempo real de los usuarios.[281]
7. Gerenciamiento de bancos de datos con grupos de discusión sobre diversos asuntos: operar los foros de discusión donde los individuos intercambian ideas, a través de mensajes que pasan por miles de ordenadores.[282]

En Europa la Directiva 31 del 2000 relativa al comercio electrónico define y distingue a los sujetos que interactúan o intervienen en la comunicación por medios electrónicos y señala que existen los operadores de redes y aquellos que proveen acceso a la red; los prestadores de servicios que hacen copias de datos de manera temporal a solicitud de los usuarios; los prestadores de servicios para el alojamiento y almacenaje de datos e información y los prestadores de servicios que permiten el enlace de contenidos.[283]

de Ley 241 – Ley lleras. 2011. "Por la cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet". Archivado. Colombia.

277 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

278 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

279 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

280 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

281 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

282 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

283 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

Así mismo, la legislación alemana en la ley de multimedia de 1997 diferencia entre los conceptos de *Information Providers, Hosting Service Providers* y *Access Providers*, por lo cual a cada uno de estos sujetos se les determina su responsabilidad, según si su actuación se enmarca dentro de cada actividad diferenciadora.[284]

Finalmente, con respecto a la responsabilidad es importante precisar que los PST podrán a su vez actuar como proveedores de contenidos o de aplicaciones, pero deberá ser en mandato de la intermediación de las actuaciones del Estado en los medios electrónicos, para evitar que dicha relación se considere entonces solo de carácter privado y pase a ser de derecho público entre los usuarios y los operadores.

De la responsabilidad

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la teoría de la responsabilidad estatal se encuentra ampliamente definida en el ordenamiento colombiano, pues establece un marco jurídico que determina y le da validez a la responsabilidad de la administración pública. Por ejemplo, como mecanismo de protección de los administrados, en Sentencias como la C-333 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana, reiterada por la C-892 del 2001; en las sentencias del Consejo de Estado 10948 y 11643 del 21 de octubre de 1999 se identifican los elementos de la responsabilidad; la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-892 del 2001aborda el tema de la cláusula general de responsabilidad estatal y la Sentencia del Consejo de Estado, AG-2001-213 del 26 de enero del 2006[285] establece la finalidad de protección de las autoridades públicas.

El tema se debe tratar desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva del Estado[286] en los casos de la prestación de un servicio por parte de los PST. Como lo ha dicho el Consejo de Estado, en el ordenamiento actual no se excluye esta responsabilidad, sino más bien se amplía, para abordar la responsabilidad en su

284 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

285 Se pueden consultar para profundizar los términos: Consejo de Estado, responsabilidad extracontractual del Estado –presupuestos, elementos, daño antijurídico, imputación/responsabilidad del Estado–, constitucionalización y mecanismos de protección de los administrados.

286 Gilberto Martínez Rave, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 4 ed., (Bogotá: Biblioteca jurídica Diké, 1988).

conjunto lo que lleva a concentrarse en el daño antijurídico resultante,[287] sin dejar de lado la responsabilidad subjetiva, por extensión.

El punto de partida es el artículo 90 de la Constitución Política, que establece la orientación de la legislación actual sobre la responsabilidad basada en el daño antijurídico: "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas […]".[288] Igualmente, el Consejo de Estado define el daño antijurídico a partir de la doctrina española: "un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica",[289] para finalmente establecer las condiciones que se deben tener en cuenta para su configuración: que sea un hecho injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal.[290]

Esto lleva a plantear el problema jurídico: ¿existe responsabilidad del Estado por daños antijurídicos cuando los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones prestan estos los servicios de Internet a la administración pública?

Desde esta perspectiva sí existe una responsabilidad del Estado, ya que él está obligado a la prestación adecuada del servicio en amplio espectro. Es decir, es una responsabilidad completa en cuanto a: 1) la omisión de la administración por los vacíos de ley o la no regulación, entendiendo que es el mismo Estado el obligado a ofrecer las garantías e instrumentos legales de las propias cargas que impone a los ciudadanos; 2) el deber de garantizar y responder cuando a los ciudadanos se les violen o no se les brinde una adecuada protección de sus derechos por terceros que actúen en su nombre (caso de los PST); 3) cuando se les imponga a los ciudadanos la obligación de recurrir a los PST para su relación con la administración.

287 Rachid Nader, "Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia". *Revista Advocatus, Edición especial*. No. 15 (Agosto 2010), 55-71.

288 República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2008), art. 90.

289 Consejo de Estado, *Sentencia del 22 de noviembre de 1991*, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Julio César Uribe Acosta.

290 Consejo de Estado, *Sentencia del 22 de noviembre de 1991*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Julio César Uribe Acosta.

La responsabilidad de los PST

La legislación colombiana ha establecido que el régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información serán las normas de derecho privado, dentro de las cuales se incluirán:

> […] Todas las comunicaciones, los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las tecnologías de la información y la comunicación, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital […].[291]

Se entiende que sus actuaciones se deben a las personas jurídicas en el ámbito privado.

Así pues, la ley les responde a los operadores por principios como la promoción y garantía de la libre competencia, pero les impone el deber de protección de los derechos de los usuarios, que aseguraría que exista una responsabilidad de los operadores, cuando no se actué de manera adecuada en la protección de tales derechos, pudiendo ser el caso de la falla o interrupción en la prestación del servicio, que genera consecuencias jurídicas.

Basándose en el principio de protección a los usuarios la ley colombiana instituye los principios de acceso, uso e interconexión,[292] que deriva en una obligación generadora de responsabilidad a los PST que le exige mantener y permitir el acceso, uso e interconexión a los usuarios[293] con cualquier otro operador, para garantizarles objetivos como los de trato no discriminatorio, transparencia o el no deterioro de la red en procesos de interconexión, que les permitan, en últimas, disfrutar del servicio que se les brinda, sin importar la existencia de uno o más operadores o la relación de derecho privado que estos sustenten.

Para la relación de responsabilidad es importante el artículo 50 de la Ley 1341 del 2009, porque establece cómo la prestación del servicio de telecomunicaciones ofrecido por los PST, debe darse respetando su continuidad, sin poder invocar

291 Mintic, Ley 1341 del 2009, Artículo 55.

292 Mintic, Ley 1341 del 2009, Artículo 50.

293 Se define como interconexión: "A la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos de las redes, incluidas las instalaciones esenciales, para permitir el funcionamiento de los servicios y/o aplicaciones y la interoperabilidad de las plataformas". Mintic, Resolución 202 del 2009.

causales como las anteriormente mencionadas. Así, un PST es responsable de que el servicio se preste, y si no, de que el usuario pueda exigir una responsabilidad.

La legislación también incluye un régimen de sanciones por parte del Ministerio TIC o por la entidad que esté facultada por la ley,[294] cuando se cometan infracciones a la confidencialidad de las comunicaciones, se provean redes o servicios que no estén previstos, se incumpla el acceso, uso, homologación e interconexión de las redes, no se cumpla con los parámetros de calidad y eficiencia o se modifiquen las medidas técnicas de las redes, que las afecten.[295]

Estos parámetros ayudan a establecer que los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán responder por sus actuaciones cuando le presten sus servicios al Estado o cuando actúen en su nombre por delegación y se conviertan en funcionarios públicos para estos efectos, tal como lo dispone el artículo 2, parágrafo 1, de la ley 678 del 2001 y, por tanto, sean sujetos incluso de una posible acción de repetición.

Se pueden presentar dos situaciones que relacionan a los operadores y al Estado, y las cuales generan una responsabilidad de la administración. La primera tiene que ver con la prestación misma del servicio de conexión y redes por medio de las cuales el Estado se relaciona con los ciudadanos para realizar diversos trámites o procesos (notificaciones, presentación de documentos oficiales, expedición de certificados, licitaciones, etc.) y en los que el ciudadano o usuario podría exigir al Estado que provea o garantice una conexión permanente y fluida para que se le respeten sus derechos. Por lo que a pesar de ser una obligación del PST la prestación adecuada del servicio, debería ser también el Estado el que le garantice la comunicación correcta, fluida e ininterrumpida, pues él mismo les impone la obligación a los individuos de relacionarse por este medio con la administración y no por ningún otro.

La segunda sucede cuando los proveedores de servicios de telecomunicaciones actúan en representación o supliendo las funciones del Estado o prestándole a este las herramientas necesarias para su relación con los ciudadanos. Se presenta cuando un particular, llamado operador o PST, presta el servicio de notificaciones, correos electrónicos de la administración o realiza la gestión y administración de

294 Mintic, Ley 1341 del 2009, Artículo 63.

295 Mintic, Ley 1341 del 2009, Artículo 64.

una página web del Estado, y por lo cual, no puede el Estado eximirse de su responsabilidad ante los ciudadanos, ni siquiera bajo la figura de la contratación o cláusulas que eximan de responsabilidad, ya que el operador o PST es un mero intermediario y la administración es el sujeto realmente responsable.

En el proyecto de ley presentado recientemente al Congreso de la República, que fue archivado, se planteaba la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, para lo cual los proveedores de servicios en Internet podían ser responsables por las eventuales infracciones que se derivaran del manejo de la información protegida por el derecho de autor y los derechos conexos. Esta podía ser de tipo civil, penal o administrativa. En materia civil, el proveedor de servicios en Internet estaría eventualmente expuesto a una responsabilidad indirecta o por el hecho de terceros, mientras que el llamado "proveedor de contenidos" sí sería susceptible de asumir una responsabilidad directa o dolosa. No obstante, la obligación del proveedor de servicios en Internet se encontraría matizada o condicionada a la concurrencia de ciertas causales bajo las cuales los proveedores de servicios en Internet podrían resultar exonerados.

En la ley denominada *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), de los Estados Unidos, de la que ya se ha hablado, se establece un mecanismo para lograr que los contenidos en la red que sean violatorios de derechos de autor sean rápidamente retirados, además de lograr que los Proveedores de Servicios de Internet (como PST) sean considerados solo como intermediarios de las comunicaciones y de los contenidos, y por tanto, sin responsabilidad por las actuaciones de los usuarios que los utilizan, aclarando que estos deben prestar actividades solo como intermediarios de la información que los usuarios despliegan.[296] Es muy común hoy en día ver avisos en diferentes páginas web y enlaces de proveedores de servicios de Internet, que aclaran o pretenden establecer solo una relación de intermediación en la información, para poder limitar su responsabilidad.

En la DMCA se establecen tres tipos de responsabilidad:

1. *Direct Copyright Infringement* (responsabilidad directa): el que se encarga de reproducir, distribuir o comunicar una obra protegida sin previa y expresa autorización de su autor o titular de derecho es responsable directo de la infracción.

296 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

2. *Contributory Copyright Infringement* (responsabilidad contributiva): se está llamado a responder por el comportamiento de aquella persona que, con conocimiento, induce o contribuye a la producción de una infracción directa de los derechos de autor por parte de otra persona.
3. *Vicarious Copyright Infringement* (responsabilidad delegada o indirecta): se debe responder por la conducta dañina de otro sujeto, sobre el cual se tiene la obligación de controlar y vigilar y que además se ve beneficiado por la infracción.[297]

La responsabilidad de los proveedores de servicio de Internet en la DMCA no partiría del supuesto de que estén obligados a supervisar o monitorear todos y cada uno de los contenidos que se sirvan de su infraestructura o utilicen su servicio, pues el alcance de la responsabilidad no es genérica sobre toda la información, sino específica respecto de los contenidos que mediante procedimientos o notificaciones se les informa sobre la posibilidad de que se incurra en infracciones al derecho de autor y los derechos conexos.

En Europa la directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio del 2000 determina que los proveedores de servicios de internet no tienen la obligación de controlar la información y/o datos que almacenen o transmitan, pero se les puede ordenar este control si tienen conocimiento de ilícitos, de tal manera que informen de estos hechos a las autoridades. Además, deben la información que permita la identificación de las personas que los cometan.

También es necesario tener en cuenta el ámbito de la exoneración de la responsabilidad, cuyo ejemplo son las limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios, en el marco del Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre Colombia y los Estados Unidos en temas de derecho de autor y derechos conexos,[298] para lograr que los proveedores de servicios:

> Colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizados de materiales protegidos por el derecho de autor y limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicios por infracciones a los derechos de autor que ellos no controlen, inicien o

297 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

298 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

dirijan y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación, según se describe en este subpárrafo (b).[299]

A su vez se puede determinar una exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones en los datos transmitidos a condición de que el prestador no modifique ni seleccione el contenido de la transmisión, no inicie la transmisión, no seleccione a los destinatarios de la información, establezca condiciones generales y públicas, bajo las cuales el prestador de servicios podrá hacer uso de la facultad de finalizar los contratos de los proveedores de contenido que sean infractores reincidentes de los derechos protegidos por las leyes de derecho de autor o derechos conexos; no interfiera en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas o no genere ni seleccione el material o a sus destinatarios.[300]

En este punto se podría establecer la responsabilidad en el marco general de la responsabilidad de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como de los prestadores de servicios de Internet de una forma más detallada, por los planteamientos realizados en el proyecto de ley para cumplir con el Tratado de Libre comercio con los Estados Unidos, pero que no ha trascendido a ley de la Republica, por lo cual no deja de ser mera doctrina argumentativa, que sin embargo se encuentra establecida en un tratado internacional firmado y ratificado por Colombia.

La responsabilidad del Estado

La administración pública se ha autolimitado en la forma de relacionarse con los ciudadanos, por medio de la ley, imponiendo como tema prioritario desarrollar y lograr la masificación de políticas públicas en la materia, como la estrategia del Gobierno en línea,[301] que fija los fines y temas prioritarios para la masificación de esta iniciativa y, además, señala los porcentajes de penetración e implementación

299 Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estado Unidos.

300 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

301 "La estrategia Gobierno en línea, liderada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, es el conjunto de instrumentos técnicos, normativos y de política pública que promueven la construcción de un Estado más eficiente, transparente y participativo y que a su vez preste mejores servicios con la colaboración de toda la sociedad mediante el aprovechamiento de la tecnología. Lo anterior con el fin de impulsar la competitividad y el mejoramiento de la calidad de vida para la prosperidad de todos los colombianos". Se puede consultar para más información: http://programa.gobiernoenlinea.gov.co/que-es.html.

en los municipios y departamentos establecidos,[302] así como las condiciones técnicas, administrativas, legales y financieras tendientes a su desarrollo. Por ejemplo: "[…] la provisión de trámites y servicios por múltiples canales y uso de tecnologías de información y comunicaciones en los procedimientos administrativos".[303]

Esta ley también le impone el principio de responsabilidad. Un ejemplo es la estrategia de Gobierno en línea establecida en el Decreto 2693 del 2012 en su artículo 3, da como principio y fundamento de este programa la responsabilidad consagrada en los artículos 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 3 de la Ley 1437 del 2011, de los que no se puede abstraer el Gobierno.

La presente investigación ha logrado establecer algunas de las situaciones en las que el Estado podría ser responsable objetiva y subjetivamente,[304] cuando en sus actuaciones a través de medios electrónicos intervienen los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Este planteamiento se hace desde el reconocimiento de que la ley ha impuesto la obligación a los ciudadanos de relacionarse de manera electrónica con la administración, y que para ello, es necesario que intervengan los llamados PST. Esta relación está dada de facto, ya que de una u otra manera los PST garantizan el acceso a Internet (medio usado para relacionarse con la administración de manera electrónica) y en casos particulares, la propia administración les delega algunas de sus obligaciones para la prestación del servicio, obligándolos a actuar como administración, sin serlo, tal como se ha advertido en este escrito.

Tal como se analizó en el capítulo precedente la responsabilidad del Estado por falla presunta del servicio se presenta cuando, por ejemplo, conmina a sus ciudadanos a un proceso licitatorio en el que intervienen medios electrónicos[305] y a responder cuando no se les asegure a los licitantes la participación en condiciones de igualdad (el caso de una plataforma electrónica que deja de funcionar por

302 Véase el documento Conpes 3650 del 2010.

303 Mintic, Decreto 2693 del 2012.

304 Hugo Andrés Arenas, *El régimen de la responsabilidad objetiva. Lineamientos generales de la responsabilidad objetiva en Colombia*. 1 ed. (Bogotá: Legis, 2013).

305 Presidencia de la República de Colombia, *Decreto 2170 del 2012*, "Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 44952 del 3 de octubre del 2002).

causa imputable al PST del servicio y que les impide a una parte de los licitantes acceder al proceso). En otras legislaciones como la española se ven claros indicios de los principios de igualdad y proporcionalidad en su ley de administración electrónica, para evitar cualquier tipo de restricciones a los ciudadanos en su relación con la administración por medios electrónicos.[306]

Del mismo modo, no se puede eximir de responsabilidad al Estado cuando este delegue en los operadores la custodia y salvaguarda de la información de los ciudadanos (el expediente electrónico, en manos de operadores),[307] así se tramite por medio de un contrato que exima de responsabilidad, pues en ese momento el PST actúa en nombre de la administración y cumple las funciones que a este le han sido encomendadas por ley, lo que configura la necesidad de vigilancia y control sobre los delegatarios elegidos, *la culpa in vigilando.*

En estos casos la responsabilidad es del PST, pero se extendería al Estado, como garante en el cumplimiento de las obligaciones que tiene con los ciudadanos.

Finalmente, se advierte una responsabilidad del Estado por las fallas de control o regulación sobre los servicios que prestan los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ocasionen un daño antijurídico, ya que recae sobre la administración la obligación de control como quiera que como lo expresa el Consejo de Estado:[308] si un particular debiera soportar individualmente una carga anormal y excepcional, constituiría un daño especial por el cual debe responder la administración.[309]

Conclusiones

Existe una relación de causalidad entre los servicios que prestan los proveedores de servicios de telecomunicaciones y el actuar de la administración pública

306 Eduardo Gamero Casado, "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la ley de administración electrónica: Su posición en el sistema de fuente", en *La ley de Administración electrónica. Los principios de la Administración Electrónica*, edits. Eduardo Gamero Casado y Julián Valero Torrijos, J. (Navarra, España: Aranzadi, 2008).

307 Marco Emilio Sánchez, *Eficacia y validez del acto administrativo electrónico. Los medios electrónicos como instrumento al servicio de la administración pública - Una perspectiva en el derecho comparado Colombia y España* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2014); Jarvey Rincón Ríos y Victoria Naranjo Duque, *Delito informático electrónico de las telecomunicaciones y de los derechos de autor* (Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2012).

308 Consejo de Estado. Sentencia del 28 de octubre de 1976, expediente 1.482 (708).

309 Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo. General y colombiano*, 17 ed., (Bogotá: Temis, 2011).

por medios electrónicos, que debe comportar una responsabilidad para el Estado sustentada en el mandato de la ley de que se creen y desarrollen actuaciones con los ciudadanos mediante estos canales, imponiéndoles la obligación de hacerlo.

El Estado debe garantizar tales actuaciones y no puede eximirse de la responsabilidad establecida en la Constitución Nacional de 1991 y en su ordenamiento secundario, de tal manera que las políticas públicas al respecto se deberán realizar observando las garantías de actuación del Estado, que protegen a los ciudadanos.

Los proveedores servicios de telecomunicaciones - PST tienen una responsabilidad regida por las normas de derecho privado y generan una responsabilidad de la administración en el caso de la prestación misma del servicio de conexión y redes por medio de las cuales el Estado se debe relacionar con los ciudadanos, y cuando estos PST actúan en representación o supliendo las funciones del propio Estado, y una responsabilidad derivada de su propia actuación a su vez como prestadores del servicio de Internet.

Además de las responsabilidades que se derivan de la actuación de los proveedores, se presentan las directamente relacionadas con la actuación del Estado, como la que se deriva de la presunta falla en el servicio, que se presenta como consecuencia de la salvaguarda de información de particulares en manos de los proveedores de servicios y la que resulta de la falla en su control o regulación.