DECRETO 2248 DE 2023

(Diciembre 22)

“Por medio del cual se adiciona un parágrafo al artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 984 de 2022”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y en especial de las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 1341 de 2009, y

CONSIDERANDO

Que, en virtud del artículo 333 de la Constitución Política, la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común y la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

Que, según lo establecido en el artículo 334 de la Constitución Política, el Estado intervendrá por mandato de la ley, entre otros, en la prestación de servicios públicos, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

Que, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado y deben ser prestados de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, razón por la cual le corresponde al Estado su regulación, control y vigilancia, en procura de garantizar el mejoramiento continuo relativo a su prestación y la satisfacción del interés social.

Que, en virtud del artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad

Administrativa “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

” Que, en virtud del artículo 75 de la Constitución Política, el espectro electromagnético es un bien público, inajenable e imprescriptible y, en tal sentido, su uso debe evitar las prácticas monopolísticas. para lo cual el Estado tiene, no solo la potestad sino también el deber, de intervenir. Al respecto, dispone dicho artículo 75 que “[e]| espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.

Que el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 7 de la 1978 de 2019, cataloga la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones como un servicio público bajo la titularidad del Estado, siendo el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones quien ostenta la competencia para otorgar permisos de uso del espectro radioeléctrico a los participantes en los procesos de selección objetiva que cumplan con los requisitos en la respectiva convocatoria, la cual deberá ajustarse a los presupuestos de las Leyes 1341 de 2009 y 1978 de 2019, las disposiciones aplicables del Decreto 1078 de 2015 y, en general, la normativa aplicable a las TIC

Que el artículo 17 la Ley 1341 de 2009 consagra dentro de los objetivos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones el de desarrollar las políticas, planes, programas y proyectos del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en correspondencia con la Constitución Política y la ley, con el fin de promover la inversión y el cierre de la brecha digital, contribuir al desarrollo económico, social y político de la Nación, y elevar el bienestar de los colombianos.

Que, al respecto, la Corte Constitucional señaló, mediante Sentencia C-403 de 2010, que "a "la utilización del espectro electromagnético no sólo está protegida, sino que la igualdad y la libre competencia están tuteladas por el Estado mediante acciones positivas como la promulgación de leyes dirigidas a evitar la concentración de recursos en su explotación por parte de uno o algunos particulares o las prácticas monopolísticas. La mayor intervención Estatal en el acceso al espectro tiene plena justificación en su carácter de recurso limitado y su naturaleza de plataforma fundamental en el desarrollo actividades informativas".

Que la Superintendencia de Industria y Comercio, en Concepto de abogacía de la competencia con Radicado No. 21-235906, consideró que los topes son una herramienta útil para prevenir que algunos operadores tengan una mayor posesión del espectro como recurso escaso, lo que puede afectar la estructura del mercado y el bienestar social, al respecto señaló: "Nótese que los topes buscan prevenir que algunos operadores puedan tener una mayor posesión del recurso escaso, aspecto que podría afectar la estructura de mercado y el bienestar social. Además, es una herramienta útil ante una demanda emergente que puede ser satisfecha eficientemente por nuevos proveedores, razón por la que también se han utilizado ante grandes requerimientos anticipados de espectro en comparación con otras necesidades previas en la industria de comunicaciones. Adicionalmente, los topes se han empleado ante la apertura de nuevas bandas de frecuencias, así como en otras asignaciones de espectro cuyas bandas cambien geográficamente. En definitiva, los topes funcionan como un medio que permite que nuevos entrantes obtengan licencias."

Que, en consecuencia, la regulación actual sobre los topes de espectro y la interpretación que ha emitido la Superintendencia de Industria y Comercio, permiten concluir que los topes de espectro son una herramienta útil aumentar la competencia en el uso de este recurso – y, en consecuencia, la provisión de servicios telecomunicaciones a usuarios finales – evitando que este, como recurso escaso, se concentre en unos pocos agentes del mercado.

Que, según el régimen de integraciones empresariales en Colombia previsto en la

Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2153 de 1992, dos empresas que operan bajo un mismo control societario o competitivo no compiten y, por ende, no pueden considerarse como dos agentes independientes en el mercado.

Que, sobre el control societario, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995 establece que "una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz en cuyo caso se llamará subsidiaria." Lo anterior se conoce como "control societario".

Que la norma mencionada se interpreta a la luz del artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, que establece las presunciones de subordinación o control ejercido por una sociedad, siendo igualmente relevante para su aplicación lo establecido en el artículo 28 del Código de Comercio, aplicable a los grupos empresariales cuando, además de la existencia de un vínculo de subordinación o control en los términos citados, existe unidad de propósito y dirección entre las actividades desarrolladas por las entidades vinculadas.

Que, en los términos del numeral v) del artículo 260-1 del Estatuto Tributario, "habrá subordinación cuando una misma persona natural o unas mismas personas naturales o jurídicas, o un mismo vehículo no societario o unos mismos vehículos no societarios, conjunta o separadamente, tengan derecho a percibir el cincuenta por ciento de las utilidades de la sociedad subordinada.". Por virtud de este artículo, son igualmente criterios de vinculación los existentes entre las sucursales respecto de sus oficinas principales, las agencias respecto de las sociedades a las que pertenecen, los establecimientos permanentes respecto de la empresa cuya actividad realizan en todo o en parte, así como otros casos de vinculación económica de conformidad con el numeral 5 del artículo 260-1 Estatuto Tributario, entre los que se encuentran el uso de consorcios, uniones temporales, cuentas en participación y otras

formas asociativas que no dan origen a personas jurídicas y demás contratos de colaboración empresarial. La vinculación en estos casos se predica de todas las sociedades y vehículos o entidades no societarias que conforman el grupo, así su matriz esté domiciliada en el exterior.

Que, sobre el control competitivo, el numeral 4 del artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992 establece que es “la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.”

Que los conceptos de control societario y competitivo resultan de plena aplicación para la determinación y contabilización de los topes máximos del espectro radioeléctrico, los cuales deben aplicarse a la luz de la normatividad mencionada.

Que en aras de preservar la utilidad de los topes de espectro como un mecanismo para aumentar la competencia y prevenir que el espectro, como recurso escaso, se concentre en unos pocos agentes del mercado o en agentes que no sean independientes de los actuales asignatarios del espectro radioeléctrico, poniendo en riesgo los objetivos de la regulación y la política pública sectorial, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ha identificado la necesidad y oportunidad de realizar ajustes al esquema de topes máximos de espectro radioeléctrico por Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones para uso en servicios móviles terrestres (IMT).

Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, mediante oficio de fecha 17 de octubre de 2023, con radicado de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) número 23-464027-00000-0000, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones remitió a la Superintendencia de Industria y Comercio el proyecto normativo con sus soportes, para efectos de realizar el análisis pertinente en función de abogacía de la competencia.

Que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante radicado SIC número 23-464027 del 1 de noviembre de 2023 recomendó lo siguiente: “El Ministerio a la hora de aplicar la regla propuesta y asumir la tarea de determinar relaciones de control entre PRST debería tener en cuenta entre otros: (i) el análisis de su configuración deba ser realizado caso por caso, (ii) dicho análisis debe estar enfocado en determinar la relación entre un agente controlante y otro controlado en el ejercicio de su actividad económica, (iii) no basta el vínculo jurídico económico existente entre los agentes, (iv) el análisis debe tener en cuenta tanto consideraciones legales como fácticas y (v) no existen presunciones de control competitivo en el ordenamiento jurídico colombiano -a diferencia del control societario, el cual prevé determinadas presunciones de subordinación en el artículo 261 del Código de Comercio-“ Así mismo señaló que en relación con el parágrafo 3 introducido por el artículo 1 del proyecto el Ministerio debía ponderar, evaluar y decidir cuál es el mecanismo de intervención menos lesivo para los mercados de telecomunicaciones en el contexto especifico de Colombia.

Que en consideración a lo anterior este Ministerio tendrá en cuenta en el análisis caso a caso, lo señalado por esa Superintendencia respecto a qué es de facto una situación de control y no solo a nivel societario.

Que de igual forma, respecto a ponderar, evaluar y decidir cuál es el mecanismo de intervención menos lesivo frente a la aplicación de los topes para figuras asociativas, dado que puede haber diferentes características del mercado en cada proceso de selección objetiva que este Ministerio pretenda realizar que puedan afectar la toma de decisiones, este Ministerio ha decidido que, en lugar de incluir la norma en un Decreto, se realizará un análisis caso a caso en cada proceso de selección objetiva, por lo que el parágrafo 3 no será incluido.

Que las normas de que trata el presente Decreto fueron publicadas en la sede electrónica del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones entre el 18 y 23 de septiembre con el fin de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas por parte de

los ciudadanos y grupos de interés.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO 1*. Adicionar un parágrafo al artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015.* Adicionar un parágrafo al artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 984 de 2022, el cual quedará así:

PARÁGRAFO 2. *Para la contabilización del tope máximo por Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones para uso del espectro radioeléctrico en Servicios Móviles Terrestres (IMT) se tendrá en cuenta el espectro radioeléctrico asignado al agente o agentes de mercado sobre los que el Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones ejerza o sea receptor control societario -exclusivo o conjunto-, en los términos del artículo 260 del Código de Comercio, o control competitivo -exclusivo o conjunto-, en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992, o aquella norma que lo modifique, adicione o sustituya, para lo cual se tendrán en cuenta los vínculos económicos y societarios que medien entre estos.*

Se tendrá en cuenta igualmente el espectro radioeléctrico asignado a los miembros del grupo empresarial del que el Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones hace parte, independientemente que estos ejerzan o sean receptores de control – societario o competitivo- o no, frente Proveedor de y Servicios de Telecomunicaciones.

ARTÍCULO 2*. Vigencia y modificaciones.* El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y adiciona un parágrafo al artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 22 días del mes de diciembre de 2023

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

(FDO.) GUSTAVO PETRO URREGO

EL MINISTRO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES,

OSCAR MAURICIO LIZCANO ARANGO