

Bogotá D. C, 22 de septiembre de 2023

Doctor

MAURICIO LIZCANO ARANGO

Ministro

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Edificio Murillo Toro, Cra. 8 # Entre Calles 12 y 13

proyectos.normativos.dicom@mintic.gov.co

Ciudad

Asunto: Comentarios de Partners Telecom Colombia S.A.S. al proyecto de Decreto *"Por medio del cual se adiciona un párrafo al artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 984 de 2022"*, y se definen *"los parámetros de cálculo de los topes máximos de espectro asignables por proveedor en atención a las situaciones de control societario, competitivo y de grupo empresarial que antecedan su participación"*.

Respetado señor Ministro:

Por medio del presente documento **Partners Telecom Colombia S.A.S.**, (en adelante PTC), se permite presentar comentarios al proyecto de Decreto *"Por medio del cual se adiciona un párrafo al artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 984 de 2022"*, y se definen *"los parámetros de cálculo de los topes máximos de espectro asignables por proveedor en atención a las situaciones de control societario, competitivo y de grupo empresarial que antecedan su participación"*.

En consideración a lo anterior, y partiendo de la premisa de que el espectro radioeléctrico se constituye en un insumo fundamental para prestar la prestación de los servicios de telecomunicaciones, como lo reconocen tanto la Superintendencia de Industria y Comercio, como el Mintic y la CRC, y que, por ese motivo, así como en cumplimiento de los principios y fines de intervención contenidos en el marco legal especial TIC, el Estado debe garantizar la igualdad de acceso a este, así como evitar el acaparamiento de ese recurso, nos

permitimos compartir con ustedes los comentarios que relacionamos a continuación.

1. COMENTARIOS GENERALES

1.1. Intervención del Estado y su deber de garantizar la competencia y el acceso en condiciones de igualdad al espectro radioeléctrico.

En concordancia con lo expuesto en la parte motiva del proyecto de Decreto y en su respectivo formato de memoria justificativa, consideramos pertinente señalar que la Constitución Política en su artículo 334¹ y siguientes, así como los principios y disposiciones contenidas en la Ley 1341 de 2009², y las normas contenidas en el Decreto 1078 de 2015 conforman un auténtico andamiaje jurídico que permite que el Estado pueda intervenir en el mercado de telecomunicaciones a través de distintos mecanismos en aras de garantizar la competencia efectiva y la prestación de los servicios con calidad y eficiencia.

Para garantizar la competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones, es necesario que los diferentes jugadores puedan acceder en condiciones de igualdad a los insumos necesarios para la prestación de los servicios, esto es, que no existan distorsiones significativas en la cadena de valor -*aguas arriba*- que causen una escasez artificial de los elementos necesarios para la oferta de los servicios. Partiendo del hecho de que el espectro radioeléctrico es un elemento indispensable para participar de forma directa en la industria de telecomunicaciones móviles, resulta entonces fundamental que el Estado garantice los mecanismos para acceder al mismo.

¹ Artículo 334. *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 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. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.*

² Especialmente los principios de libre competencia y uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos.

Ahora bien, el caso expuesto reviste una especial particularidad, ya que el espectro radioeléctrico es un bien público inajenable e imprescriptible, cuya titularidad reposa en el Estado, quien se encarga de su administración y concede acceso al mismo, a través de la concesión de permisos de uso del espectro que deben ser asignados luego de un proceso de selección objetiva; lo anterior se suma el hecho de que se trata de un recurso escaso, el cual se encuentra limitado tanto en su esfera técnica y de oferta, la cual es muy esporádica.

De acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio³ a través de la *praxis* se ha evidenciado que el establecimiento de topes de espectro por operador ha provocado un incremento en el número de operadores, por lo cual, sugiere la Superintendencia, podrían ser una solución a las fallas de mercado ya que: “(...) (i) incrementa la cantidad de oferentes, lo que cambia la estructura del mercado y previene la concentración del espectro; o (ii) garantiza una provisión de servicios a una demanda creciente (...)”.

1.2. La efectividad de los topes de espectro es directamente proporcional al correcto diseño de la norma

Los topes de espectro por PRST son una herramienta desarrollada en el Decreto 984 de 2022⁴, la cual busca evitar el acaparamiento de espectro atribuido a servicios IMT. Sin embargo, la efectividad de este tipo de mecanismos está atada a un diseño normativo adecuado que tenga en cuenta no sólo el estadio normativo sino su aplicación en un plano práctico, para lo cual, en los casos en que se debe hacer remisión legal a otras normas, resulta fundamental que la regla que regula la situación específica cuente con unos lineamientos claros de aplicación, más aún, cuándo el esquema de tope de espectro en Colombia

³ Concepto que fue citado en el formato de memoria justificativa del proyecto en comentario. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto de abogacía de la competencia al proyecto regulatorio “Por el cual se modifica el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto 1078 de 2015” con Radicado No. 21-235906 de 2022. Tabla No. 5. Comparación de los topes de espectro del Decreto 1078 de 2015 y el Proyecto <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/21-235906.pdf>.

⁴ Norma a través de la cual el cual, además de crear la categoría de bandas medias-altas incrementó en un 11,11% las bandas bajas y medias altas.

obedece a una especial categoría de tipo absoluto, explicada junto a otras por el Consejo de Estado⁵:

Tipo de Tope	Descripción
(i) Absoluto	Se establecen topes para todas las bandas posibles.
(ii) Tipo Loose	Se establecen topes determinados para un operador específico.
(iii) Tipo Tight cap	Topes bajos que permiten la entrada de una mayor cantidad de oferentes.
(iv) A una banda	Topes para una banda determinada.
(v) Acumulativo	Por grupos de bandas
(vi) Por evento	Aplicable únicamente a un determinado proceso (por ejemplo, un proceso de subasta).

Fuente: Cuadro elaborado a partir de la información citada por el Consejo de Estado.

En ese sentido, resulta fundamental que la remisión a otros ordenamientos que establecen categorías jurídicas ajenas a la reglamentación de las telecomunicaciones, pero en todo caso aplicables, como sucede con las varias figuras asociativas que pudieren involucrarse, entrarían en conflicto con los denominados topes de espectro sino se establecen expresamente esas figuras y los límites de su participación.

De lo contrario, se podrían propiciar vehículos jurídicos que por objeto o por efecto eludirían los fines propios de los topes en detrimento de un uso eficiente y equitativo del recurso escaso, de la garantía de igualdad en el acceso al espectro, del fin de evitar el acaparamiento indebido de éste, afectando la estructura competitiva de los mercados de telecomunicaciones móviles⁶.

Y es que de no contar con reglas claras que contabilicen los permisos de uso del espectro que tengan los miembros del mismo grupo empresarial, de las personas

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente: Édgar González López. Radicación interna: 2477 Número Único: 110010306000202200075 00. Referencia: Asignación directa temporal del espectro radioeléctrico (ERE). Cálculo del tope máximo de asignación del espectro. <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2022/Cpto5G.pdf>

⁶ Sobre el impacto que genera la asignación y tenencia de espectro en los mercados de telecomunicaciones móviles, se puede consultar la Resolución CRC 6146 de 2021.

jurídicas que tengan vínculos decisorios comunes y o un control societario o decisional, directo o indirecto, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992⁷, y siguiendo los antecedentes decisoriales de la misma autoridad de competencia, según los cuales *“El ejercicio del control puede ser de manera directa o indirecta, o incluso puede existir un control conjunto ejercido por dos o más empresas sobre otra en el mercado”*⁸

2. COMENTARIOS ESPECÍFICOS.

2.1. Sobre el trámite de abogacía de la competencia

Respetuosamente advertimos en primer lugar, la necesidad de agotar en todo caso el trámite de abogacía de la competencia, entendido como un mecanismo a cargo de la autoridad única de competencia que permite identificar y reducir barreras entrada, así como obstáculos en la operación de los mercados, herramienta que resulta adecuada para analizar la idoneidad en medidas que impactan el acceso al insumo principal en un mercado⁹, en este caso, el espectro radioeléctrico.

Cabe mencionar que de acuerdo con las conclusiones de otro concepto de abogacía de la competencia emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio contentivo en el Radicado No. 21-235906 de 2022¹⁰, emitido con ocasión del otrora proyecto de decreto mediante el cual el MinTic propuso ajustar los topes de espectro IMT por operador.

En ese sentido, y sí bien en la norma en comento no se están modificando los topes de espectro establecidos, sí se están introduciendo nuevos lineamientos que tienen la posibilidad de afectar la contabilización de los topes de espectro por proveedor en atención a las situaciones de control societario, competitivo y

⁷ 4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Guía de Integraciones Empresariales, 2019, [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Gu%C3%ADa%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019_%20\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Gu%C3%ADa%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019_%20(1).pdf)

⁹ Dada la particularidad del mercado de telecomunicaciones en Colombia, el cual, de acuerdo con la CRC cuenta con un operador declarado en posición de dominio en varios mercados.

¹⁰ Ibidem pág. 3.

de grupo empresarial, lo cual muestra la relevancia de que las disposiciones contenidas en el presente proyecto sean sometidas al trámite de abogacía de la competencia que trata el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

A esto se debe sumar que en los borradores de condiciones de subasta que ha publicado el Mintic se permite la participación en la subasta de uniones temporales y consorcios, lo cual hace que esta norma de índole general, tenga mayor importancia de cara al futuro del sector. Lo anterior se aumenta, si se considera igualmente el hecho de público conocimiento del trámite de integración empresarial que actualmente se encuentra en curso entre Movistar y Tigo, empresas que, según han manifestado las empresas intervinientes, realizarán alguna figura jurídica para procurar que sus permisos de espectro ahora pasen a la titularidad de una figura asociativa de participación común y simétrica.

Por consiguiente, es importante que esta norma surta el trámite de abogacía de la competencia, no solo para evitar un eventual vicio de legalidad de la norma, sino también para que la autoridad de competencia, que tiene funciones de control previo de integraciones empresariales, pueda emitir un concepto y realizar un análisis sobre las diferentes formas de control, o de influencia competitiva que podrían presentarse de cara a la titularidad o tenencia de permisos de uso del espectro, evitando así que exista un detrimento frente a la competencia y estructura de los mercados, y una burla del tope de espectro vigente.

2.1. Respecto al artículo 1° mediante el cual se adiciona “adicionar al artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 984 de 2022”.

De acuerdo con los postulados expuestos en apartado de comentarios generales de la presente comunicación, sugerimos que se incluya en el articulado de manera expresa, aunque indicativa y no limitativa, aquellos escenarios de colaboración empresarial o de figuras asociativas que escapen a los supuestos establecidos en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 2153 de 1992 [control], y el artículo 260 del Código de Comercio [subordinación], tales como los consorcios, uniones temporales, colaboraciones empresariales, acuerdos con o sin inyección de capital, cuentas en participación así como a cualquier otro tipo de apoyo

administrativo, logístico, o similar, alianzas comerciales y/o cualquier otro tipo de colaboración que tenga como consecuencia directa la explotación directa o por interpuesta persona del espectro radioeléctrico.

En ese sentido, proponemos la siguiente redacción:

“(…)ARTÍCULO 1°. Adicionar al artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 984 de 2022, el siguiente párrafo:

PARÁGRAFO SEGUNDO. Para la contabilización del tope máximo por Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones para uso 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 de control societario - exclusivo o conjunto -, en los términos del artículo 260 del Código de Comercio, o de control competitivo - exclusivo o conjunto -, en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992, para lo cual se tendrán en cuenta los vínculos económicos y societarios que medien entre éstos.

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 éstos ejerzan o sean receptores de control - societario o competitivo - o no, frente al Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones.

Las disposiciones contenidas en este párrafo serán aplicables igualmente a las figuras asociativas tales como y sin limitarse a estas: consorcios y uniones temporales, acuerdos (con o sin inyección de capital, comerciales, de apoyo administrativo o logístico, etc.) cuentas en participación y/o cualquier otro tipo de acuerdo o convenio que por objeto o por efecto de manera directa o indirecta, ejerza un control conjunto por dos o más empresas sobre otra en el mercado.

Igualmente, consideramos relevante indicar que para el caso de las figuras asociativas que no implican la creación de una persona jurídica distinta a la de sus

integrantes, tal y como sucede con las uniones temporales y consorcios debe expresamente establecerse que los topes de espectro se considerarán en atención a sus integrantes y en ningún caso podrá la figura asociativa, ser depositaria a ningún título de los permisos de uso de espectro radioeléctrico.

Lo anterior por cuanto la habilitación general o permiso previo y expreso para el uso del espectro radioeléctrico, es mandatorio encontrarse inscrito en el registro TIC. Este registro reglamentado en los artículos 2.2.1.1.1. y siguientes del Decreto 1078 de 2015, al referirse a su ámbito de aplicación, indica que:

“ARTÍCULO 2.2.1.1.2. Ámbito de aplicación. El presente título se aplica a todas las personas que provean o vayan a proveer redes o servicios de telecomunicaciones, entre estos, los operadores del servicio de televisión, también a los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora y los titulares de permisos para el uso de recursos escasos”

Así las cosas, el registro TIC solo está dirigido a personas, naturales o jurídicas, categoría dentro de las que ciertamente no caben las uniones temporales ni los consorcios.

En ese sentido, si el registro TIC solo puede otorgarse a personas, entre estos, los titulares de permisos para el uso de recursos escasos, y este se convierte a su vez, en requisito ineludible precisamente para ser asignatario del permiso, por sustracción de materia, no puede haber registro TIC y en consecuencia permiso de uso del ERE para las uniones temporales o consorcios.

Adicional a lo anterior, y que no solo ilustra, sino que ratifica el argumento de derecho según el cual las uniones temporales o consorcios no pueden ser asignatarios directos de permisos de uso del espectro radioeléctrico bajo el régimen legal y reglamentarios actual, basta revisar el artículo 2.2.2.5.2. del mismo Decreto 1078 de 2015 dirigido a regular los destinatarios del cumplimiento de los niveles de exposición de campos electromagnéticos:

“ARTÍCULO 2.2.2.5.2. Ámbito de aplicación. El presente capítulo se aplica a las personas naturales o jurídicas responsables de la operación de redes o a los proveedores de servicios de telecomunicaciones, que

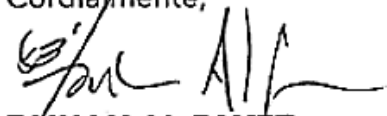
hagan uso del espectro radioeléctrico, y cuyas estaciones de radiocomunicaciones generen campos electromagnéticos.”

Es concluyente entonces que solo las personas, naturales o jurídicas pueden ser responsables de la operación de redes o a los proveedores de servicios de telecomunicaciones, que hagan uso del espectro radioeléctrico.

Conforme todo lo expuesto, la creación de una regla clara y expresa que determine la forma en que se debe contabilizar el tope de espectro ante la existencia de figuras asociativas, de consorcios, uniones temporales y cualquier otro tipo de esquema que genere control decisional, accionario o capacidad de influir directa o indirectamente en las decisiones o estrategia competitiva de titulares de permisos de uso del espectro, es fundamental para la seguridad y certidumbre jurídica, para el diseño y desarrollo de una adecuada y sana estructura competitiva en este mercado relevante en particular, el cual, se insiste, determina de forma considerable e ingente las condiciones competitivas de los mercados *aguas debajo de* provisión tanto mayorista como minorista de redes y servicios de telecomunicaciones.

Finalmente, nos permitimos llamar la atención sobre la oportunidad que representa para el país la promoción de normas que promuevan la competencia efectiva en el sector TIC.

Cordialmente,



FAIHAN AL-FAYEZ

**VICEPRESIDENTE DE ASUNTOS CORPORATIVOS
PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.**