CONCEPTO 1206998 DE 2018

(agosto 8)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES

MEMORANDO

XXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Su solicitud de concepto según registro No 1198233 de 2017

TEMA: Efectos del régimen de transición en relación con un título habilitante convergente, con respecto a liquidación y pago de contraprestaciones y régimen sancionatorio aplicable

Respetada XXXXX:

En atención a su consulta elevada a través del registro del asunto, la Oficina Asesora Jurídica emite el siguiente pronunciamiento.

1. Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica

Se formulan a ésta Oficina Asesora cuatro interrogantes en relación con los efectos del régimen de transición de que trata el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 frente a un título habilitante aún vigente al amparo de dicho régimen, con respecto a liquidación y pago de contraprestaciones y el régimen sancionatorio aplicable ante infracciones en la misma materia.

Así las cosas, a continuación se dará respuesta a tales interrogantes en el orden en que fueron planteados.

Pregunta 1: “¿La verificación de la liquidación y el pago de la contraprestación periódica, se debe realizar de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1972 de 2003 (...) o según el régimen dispuesto en el mencionado Decreto 1078 de 2015?”

Respuesta de la OAJ:

Para dar respuesta a este primer interrogante, resulta necesario dar un previo vistazo al régimen de transición de la Ley 1341 de 2009, a saber:

1. Ley 1341 de 2009 incorporó en su artículo 68 un régimen de transición para los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de su entrada en vigencia, conforme al cual se les confiere dos posibilidades según su voluntad de acogerse o no -en forma inmediata- al nuevo régimen de habilitación general, decisión que genera consecuencias diversas, a saber:

(i) Preservación (temporal) de títulos' habilitantes bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición: En caso de no acogerse -en forma Inmediata- al nuevo régimen de habilitación general, se les reconoce a los proveedores el derecho a mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, con efectos sólo para tales concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, y teniendo en cuenta, en todo caso, que una vez vencido dicho

término se les aplicará en forma íntegra el nuevo régimen previsto en la citada Ley 1341 de 2009.

(¡i) Sometimiento inmediato al régimen de habilitación general: En caso de acogerse en forma Inmediata al régimen de habilitación general, se establecen las siguientes condiciones: a) La terminación anticipada de las respectivas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, sin que ello genere derechos a reclamación alguna, ni el reconocimiento de perjuicios o indemnizaciones en contra del Estado o a favor de éste; b) la reversión al Estado de las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido; c) sin perjuicio de lo anterior, se les reconoce, a manera de estímulo, la renovación de los permisos para el uso de los recursos escasos, de acuerdo con los términos de su título habilitante, permisos y autorizaciones respectivos, con la salvedad de que vencido el anterior término deben acogerse a lo estipulado en el artículo 12 de la misma Ley 1341 de 2009.

2. Es así que, concretamente en relación con los proveedores que optaron por no someterse -en forma inmediata- al régimen de habilitación general, cuya situación es la que interesa en el presente asunto, el régimen transicional les confirió la prerrogativa de mantener sus concesiones, licencias, permisos y

autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, con efectos sólo para tales concesiones, licencias, permisos y autorizaciones.

3. No obstante, debe destacarse que tal privilegio se les confirió con una vigencia claramente limitada en el tiempo, por cuanto el proveedor podrá gozar de la prerrogativa únicamente hasta que se venza el plazo inicial de la concesión, licencia, permiso o autorización, como taxativamente lo señala el inciso 1 o del artículo 68 de la Ley en alusión, en el cual se lee que, vencida la concesión “[d]e ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley”.

4. Los anteriores postulados encuentran sustento en las consideraciones plasmadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2010, a través de la cual se pronunció en relación con una demanda de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1341 de 2009, y de la cual se extracta el siguiente aparte atinente al régimen de transición del artículo 68:

"En el primer inciso se prevé un "régimen de transición” para (os proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos al 30 de julio de 2009 (...). Conforme a lo dispuesto en este inciso, tos antiguos operadores tienen la posibilidad de mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones en las condiciones inicialmente pactadas bajo la normatividad anterior (Decreto Ley 1900 de 1990 y el Decreto 2870 de 2007} -y sólo para la prestación del servicio autorizado - hasta que se venza el plazo inicia! de la concesión o su prórroga por una sofá vez, según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. De ahí en adelante, si desean continuar con la prestación del servicio, deberán someterse totalmente a las regias y condiciones previstas en la Ley 1341 de 2009" (El destacado es nuestro)

5. En desarrollo de la Ley 1341 de 2009, y en correspondencia con la citada jurisprudencia constitucional, el Decreto 1078 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector TIC, se ocupa en su artículo 2.2.6.1.4.1 del pago de contraprestaciones por parte de los proveedores que, con fundamento en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, hayan optado por no acogerse -en forma inmediata- al régimen de habilitación general, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.2.6.1.4.1. Transición para los actuales proveedores de redes y/o servicios de telecomunicaciones. Los proveedores que, con fundamento en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, opten por no acogerse al régimen de habilitación general, deberán continuar pagando las contraprestaciones a su cargo por concepto de concesiones, habilitaciones y permisos hasta el momento en que venza la respectiva concesión, habilitación o título, en los mismos términos allí establecidos y de acuerdo con las reglas de procedimiento señaladas en el Decreto 1972 de 2003.

A partir de ese momento, el respectivo proveedor quedará sometido a las reglas generales en materia de contraprestaciones establecidas en este capítulo y en las normas que lo modifiquen o complementen, así como en la reglamentación que sobre la materia expida el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con base en las facultades otorgadas por la Ley 1341 de 2009." (El destacado es nuestro)

Conclusión frente a la pregunta 1:

1. Conforme a las anteriores consideraciones legales y jurisprudenciales se tiene que, el trámite de liquidación y pago de contraprestaciones de un título habilitante preservado en régimen de transición estará sujeto a los términos del mismo título, en armonía con las disposiciones jurídicas que lo rigen, como lo dispone el artículo 2.2.6.1.4.1 del Decreto 1078 de 2015.

Por tanto, será indispensable en cada caso revisar los términos del respectivo título habilitante (cualquiera sea su especie) en aras de determinar si este contiene disposiciones especiales en materia de liquidación y pago de contraprestaciones, y de esta forma establecer cuál es el régimen que, conforme al tenor de su redacción, corresponde ser aplicado. (Téngase en cuenta, por ejemplo, que los contratos de concesión de telefonía móvil celular -TMC-, y de servicios de comunicación personal -PCS por sus siglas en inglés-, consagraron una estipulación especial en cuanto al porcentaje de pago de contraprestaciones, tanto por la prestación del servicio como por el uso del espectro radioeléctrico, y, por ende, no les era aplicable a los primeros, o no le son aplicables a los segundos, en ese específico punto, las normas generales que fijan dicho porcentaje)

Lo anterior cobra especial relevancia en los casos en que el título señale que el pago de contraprestaciones estará sujeto al régimen de contraprestaciones vigente al momento de su causación, así como a las normas que lo modifiquen, deroguen o subroguen, ya que en tal evento es claro que, por virtud de lo establecido en el mismo título, la normativa aplicable en materia de contraprestaciones no será la que regía al momento en que se confirió el título, sino la vigente al momento de causación de la respectiva contraprestación, es decir, las normas que hayan modificado, derogado o subrogado la normativa que imperaba al momento del otorgamiento del título.

2. En ese orden de ideas, para el caso concreto de la consulta, si el título habilitante de que se trate, vigente en el marco del régimen de transición, dispone que el proveedor "deberá cumplir con el pago de las contraprestaciones periódicas establecidas en el Decreto 1972 de 2003 así como las demás que lo sustituyan, modifiquen o adicionen" (subrayamos), es claro que la norma aplicable a dicho trámite -liquidación y pago de la contraprestación- será aquella vigente al momento de causación de la contraprestación, según corresponda: Decreto 1972 de 2003; o la norma que lo derogó, esto es Decreto 1161 de 2010; o la norma actualmente vigente que a su vez derogó el 1161 de 2010, esto es, el Decreto 1078 de 2015, se reitera, la que estuviese vigente al momento de causación de la contraprestación.

3. Siguiendo el anterior hilo conductor, conviene acotar que, si el título habilitante preservado en régimen de transición no contiene disposiciones especiales en relación con el régimen de contraprestaciones aplicable, como la señalada en ia conclusión 2 que precede, se entendería que el régimen aplicable sería el del Decreto 1972 de 2003.

Preguntas 2,3 y 4:

"¿Cuándo se detecten infracciones relacionadas con el pago de la contraprestación, en virtud de lo previsto en el Título IX de la Ley 1341 de 2009 y en aplicación del Decreto 1972 de 2003 o del Decreto 1078 de 2015, el régimen sancionatorio aplicable en ambos casos es el contenido en el Decreto 1078 de 2015? Lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 19. del Decreto 1161 de 2010 derogó el Decreto 1972 de 2003, con salvedad en lo descrito en sus artículos 15 al 17." (El subrayado es del texto original)

“¿Es posible que para un PRST exista la obligación de liquidar y pagar las contraprestaciones, conforme a lo establecido en el Decreto 1972 de 2003, pero que su régimen sancionatorio en caso de incumplimientos, sea el contenido en el Decreto 1078 de 2015?"

"Cuando la actuación de cobro persuasivo ha sido iniciada por el Grupo de Facturación y Cartera, es viable acceder a una solicitud de un PRST para que, previo el cierre de dicho procedimiento, se inicie la actuación administrativa sancionatoria del artículo 67 de la Ley 1341 de 2009 y que “La Sanción sea graduada conforme lo previsto en el Decreto 1161 de 2010 (entiéndase Decreto 1078 de 2015) y por lo tanto no sea superior al 20% de la diferencia entre la liquidación efectuada y la realizad Por el Mintic.” (SIC)

Respuesta de la OAJ:

1. Replanteamiento del problema jurídico. Pese a que las preguntas 2, 3 y 4 tienen una redacción diversa, se observa que en realidad giran en torno a un mismo problema jurídico, directamente ligado al supuesto táctico de la pregunta 1. Dicho problema jurídico común puede ser planteado de la siguiente forma: ¿cuál debería ser el régimen sancionatorio aplicable para las Infracciones al régimen de contraprestaciones en relación con un título habilitante, cualquiera sea este, que se encuentre en régimen de transición?

2. En criterio de esta Oficina Asesora Jurídica, la respuesta a dicho interrogante deviene necesariamente de la aplicación de los principios de legalidad y favorabilidad. Para explicar lo anterior, a continuación se acudirá a las nociones que al respecto ha suministrado la jurisprudencia (sin la pretensión de agotarla materia, por supuesto):

2.1. En relación con el principio de legalidad en materia de procedimiento sancionatorio, dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-412/15:

“El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -/ex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación -/ex previa. (...) Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2o del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se Imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión." (El subrayado es nuestro)

En observancia del principio de legalidad, la Constitución Política prohíbe que alguien sea

juzgado conforme a normas que establezcan penas que no sean preexistentes al acto que se imputa.

2.2. Frente al principio de favorabilidad, en la Sentencia C-592/05 se lee:

"El principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto. Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la lev que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. (...)" (El subrayado es nuestro)

Así pues, la Constitución expresamente consagra que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

3. En relación con la tensión que puede producirse en la aplicación de estos dos principios, la Corte Constitucional, en Sentencia C-922-01, señaló lo siguiente:

“El principio de legalidad de las sanciones Indica de un lado que corresponde al legislador crear, modificar o suprimir los tipos penales y establecer, modificar o suprimir sanciones.

De otro significa también que dicho señalamiento debe ser anterior al hecho que se pretende sancionar. No obstante, este último alcance del principio de legalidad de las sanciones no es absoluto, pues una persona puede resultar sancionada conforme a una ley que no estaba vigente al momento de cometer el delito o la falta, siempre y cuando sea más favorable que la que tenía vigencia en el momento en que se infringió la lev".

(Destacamos)

4. Dicha teoría, que ha sido reiterada en otras providencias de la misma Corporación, fue recientemente utilizada por el Consejo de Estado (Sección Cuarta) en la Sentencia 25000232400020100064202 (20718) -.5/17/2018), de la cual extractamos el siguiente aparte:

“En relación con este aspecto, la Sala ha dicho que el principio de favorabilidad, por mandato constitucional, se aplica a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, como expresión de una mínima garantía del debido proceso a que tiene derecho cualquier persona.

En las referidas sentencias se aludió a lo precisado en torno a la materia por la Corte Constitucional, en cuanto a que "las contravenciones administrativas cometidas en vigencia de la normativa anterior, pueden ser sancionadas conforme a normas posteriores, siempre y cuando sean más favorables" (...)"

5. Por tanto, si bien en observancia del principio de legalidad, inicialmente la norma aplicable para sancionar una contravención administrativa es la preexistente a su comisión, en virtud del principio de favorabilidad, dicha contravención, aun cuando haya sido cometida en vigencia de una norma anterior, puede ser sancionada conforme a normas posteriores, siempre y cuando estas resulten más favorables al investigado.

Conclusión frente a las preguntas 2,3 y 4 acumuladas:

Las anteriores consideraciones permiten arribar a la conclusión de que: el régimen sancionatorio aplicable para las infracciones en materia de liquidación y pago de contraprestaciones en relación con un título habilitante, cualquiera sea este, que se encuentre en régimen de transición, será aquel que resulte más favorable al investigado, aun cuando la contravención haya sido cometida en vigencia de una norma anterior, en observancia del principio de favorabilidad.

El presente concepto corresponde a una manifestación, juicio, opinión o dictamen sobre la interpretación de las normas jurídicas, bajo el cumplimiento de los supuestos exigidos por la Constitución y las leyes, y es por ello que, dada esta connotación, no tiene por propósito resolver un punto objeto de litigio.

En los anteriores términos damos por resuelta su consulta.

Atentamente;

HUMBERTO IZQUIERDO SAAVEDRA

Jede Oficina Asesora Jurídica

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Compilación Juridica MINTIC
n.d.
Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)