

Código TRD 110

Señor
JUAN FELIPE HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
Calle 167 N° 74 – 32 Torre 3, Apto. 709
Bogotá D.C.

ASUNTO: Su solicitud de concepto según radicado 650758 de 2015: Interrogantes sobre la obligación de separación contable para efectos de pago de contraprestaciones en materia de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones.

Cordial saludo Sr. Hernández:

En respuesta a la comunicación del asunto, mediante la cual eleva consulta en relación con la obligación de separación contable para efectos de pago de contraprestaciones en materia de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, la Oficina Asesora Jurídica emite el siguiente pronunciamiento atendiendo a cada uno de los interrogantes planteados.

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica

1. **Obligación de separación contable: Tratamiento en los diversos regímenes de contraprestaciones**

El Decreto 1492 del 6 de agosto de 1998 fijó en su momento el régimen unificado de contraprestaciones en materia de telecomunicaciones, así como los procedimientos para su liquidación, cobro, recaudo y pago. Particularmente su artículo 29, motivo de consulta, se encargaba de destacar la obligación de llevar contabilidad separada por servicios para aquellos operadores que prestaran dos o más clases de servicios de telecomunicaciones y, así mismo, regulaba los efectos del incumplimiento de tal obligación, señalando al respecto que la liquidación del pago de la concesión se haría sobre la base del total de ingresos brutos percibidos por concepto de la prestación de todos de servicios de telecomunicaciones dados en concesión, sin que fuese admisible admitir distinción alguna en tales ingresos.

En efecto, la norma decía:

***ARTICULO 29. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO POR LA OBLIGACION DE LLEVAR CONTABILIDADES SEPARADAS POR SERVICIOS.** *Los operadores que presten dos o más clases de servicios de telecomunicaciones y estén en la obligación de llevar contabilidades separadas para cada uno de ellos, deberán pagar la contraprestación por concepto de cada concesión en forma independiente con base en los ingresos brutos percibidos en cada servicio.*

*Para el evento en que el operador no cumpla con la obligación de llevar contabilidades separadas por cada servicio otorgado, la liquidación del pago de la concesión se efectuará sobre la base del total de los ingresos brutos percibidos por concepto de la prestación de todos de servicios de telecomunicaciones dados en concesión, sin que haya lugar a admitir distinción alguna en tales ingresos.**

Empero, el mismo año, el Decreto 1492 de 1998 fue expresamente derogado "en su integridad" por el Decreto 2041 del 8 de octubre de 1998 (modificado por el Decreto 1705 de 1999), con el cual se estableció un nuevo régimen unificado de contraprestaciones, por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los procedimientos para su liquidación, cobro, recaudo y pago.

Pese a lo anterior, el Decreto 2041 de 1998 reprodujo en su artículo 27 prácticamente la misma redacción del artículo 29 del Decreto 1492 de 1998, conservando así tanto la obligación de separación contable, como las consecuencias frente a su incumplimiento, esto es, el hecho de que ante el incumplimiento la liquidación se haría sobre la base del total de los ingresos causados por la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones, sin que hubiese lugar a distinción alguna en tales ingresos.

Señalaba el Decreto 2041 de 1998:

"Artículo 27. Efectos del incumplimiento por la obligación de llevar cuentas separadas por servicios. Los operadores que presten dos o más clases de servicios de telecomunicaciones, deberán liquidar y pagar la contraprestación por concepto de cada concesión en forma independiente.

Para el evento de que el operador no cumpla con la obligación de llevar cuentas separadas por cada servicio, la liquidación del pago de las concesiones se efectuará sobre la base del total de los ingresos causados por concepto de la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones dados en concesión calculados sobre la contraprestación más alta, sin que haya lugar a admitir distinción alguna en tales ingresos."

Posteriormente, el Decreto 2041 de 1998, fue derogado por el Decreto 1972 del 14 de julio de 2003, reglamentario del nuevo régimen unificado de contraprestaciones por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los trámites para su liquidación, cobro, recaudo y pago.

No obstante, el Decreto 1972 de 2003 continuó con la línea de sus antecesores, manteniendo a través del artículo 28 tanto la obligación de separación contable, o separación de cuentas como dice la norma, como las mismas consecuencias frente a su incumplimiento.

Reza la norma en comento:

"Artículo 28. Efectos del incumplimiento por la obligación de llevar cuentas separadas por servicios. Los operadores que presten dos o más clases de servicios de telecomunicaciones deberán liquidar y pagar la contraprestación por concepto de cada concesión en forma independiente.

Para el evento de que el operador no cumpla con la obligación de llevar cuentas separadas por cada servicio, la liquidación del pago de las concesiones se efectuará sobre la base del total de los ingresos causados por concepto de la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones dados en concesión calculados sobre la contraprestación más alta, sin que haya lugar a admitir distinción alguna en tales ingresos."

Siguiendo el orden de los acontecimientos, en el año 2009 se expidió la Ley 1341 mediante la cual se determinó el nuevo marco jurídico general para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, en cuya virtud se empezaron a expedir los nuevos reglamentos que en la actualidad informan tanto la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, como las contraprestaciones que se originan con ocasión de tal provisión.

Ahora bien, en cuanto al objeto de la consulta, la citada Ley sólo se refiere al tema de la separación contable para calificar su desconocimiento como una conducta reprochable y, por tanto, sancionable, tal como se lee en el numeral 8° del artículo 64¹, que hace parte del Título IX correspondiente al Régimen de Infracciones y Sanciones, sin ocuparse de los demás aspectos a que hace alusión el artículo 28 del Decreto 1972 de 2003.

Dice la norma en cita:

***ARTÍCULO 64. INFRACCIONES.** Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes:

(...)

8. Realizar subsidios cruzados o no adoptar contabilidad separada.*

Subsiguientemente, como desarrollo de la Ley 1341 de 2009 se expidió el Decreto 1161 del 13 de abril de 2010, a través del cual se dictaron disposiciones relacionadas con el régimen de contraprestaciones en materia de telecomunicaciones y se derogó expresamente el Decreto 1972 de 2003. No obstante, en armonía con la Ley 1341 de 2009, el nuevo reglamento mantuvo la separación contable como una de las obligaciones de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, pero no incluyó la consecuencia frente al incumplimiento de tal obligación, que hasta el momento había mantenido el régimen de contraprestaciones, incluido el Decreto 1972 de 2003, es decir, la consecuencia explícita de tener como base de liquidación el total de los ingresos brutos percibidos por concepto de la provisión de servicios de telecomunicaciones sin distinciones en cuanto a los ingresos.

Se lee en el artículo 6 del Decreto 1161 de 2010:

***Artículo 6. Obligaciones.** Los proveedores que estén obligados a pagar las contraprestaciones de en (SIC) materia de telecomunicaciones establecidas en los artículos 13 y 36 de la Ley 1341 de 2009, tendrán las siguientes obligaciones:

(...)

b) Discriminar en su contabilidad los ingresos correspondientes a la provisión de redes y/o servicios de telecomunicaciones*

Finalmente, con el objeto de reglamentar los artículos 10, 13 y 36 de la Ley 1341 de 2009 fue expedido el Decreto 542 del 13 de marzo de 2014, el cual retoma el principio de separación contable de una forma un poco más amplia de como lo hizo el Decreto 1161 de 2010, para señalar que todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones están en la obligación de discriminar en su contabilidad los ingresos que relacionados con la contraprestación periódica de aquellos que no, al igual que los valores de las devoluciones legalmente admisibles, y, así mismo, tipificó el desconocimiento de tal obligación como una infracción al régimen de telecomunicaciones, mas, al igual que el Decreto 1161 de 2010, tampoco se refirió a la consecuencia explícita de tener como base de liquidación el total de los ingresos brutos percibidos por concepto de la provisión de servicios de telecomunicaciones sin lugar a distinción alguna en relación con tales ingresos.

¹ Artículo regulado mediante la Resolución 4577 del 19/08/2014, de la Comisión de Regulación de Comunicaciones

Dice el artículo 8 del Decreto 542 de 2014:

***ARTÍCULO 8. CONTABILIDAD SEPARADA EN LA PROVISIÓN DE REDES Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.** Todos los proveedores de redes y de servicios de telecomunicaciones están en la obligación de registrar contablemente de manera separada los ingresos brutos relacionados con la contraprestación periódica, de aquellos que no lo están. Así mismo, deberán registrar separadamente y en forma discriminada los valores de las devoluciones procedentes y de las exclusiones admitidas por concepto de terminales.

*El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la imposición de la sanción respectiva, conforme al Título IX de la Ley 1341 de 2009.**

En síntesis, la lectura de las normas acabadas de exponer conduce a señalar que, si bien los diversos regímenes de contraprestaciones en materia de telecomunicaciones han conservado la separación contable como una constante, es claro que el tratamiento de las consecuencias jurídicas de su inobservancia ha sufrido variaciones ante los cambios normativos, ya que, como pudo apreciarse, pese a que el desconocimiento de tal obligación siempre se ha considerado como una conducta irregular sancionable, la consecuencia explícita de tener como base de liquidación el total de los ingresos brutos percibidos por concepto de la provisión de servicios de telecomunicaciones, sin lugar a distinción alguna en cuanto a los ingresos, solo permaneció hasta el Decreto 1972 de 2003, pues éste, que aún la contenía, fue derogado por el Decreto 1161 de 2010, sin que se haya preservado tal consecuencia desde entonces.

2. Respuesta a los interrogantes de la consulta

Con fundamento en el recuento normativo que viene de efectuarse, a continuación se da respuesta puntual a los interrogantes planteados en la consulta:

Pregunta Uno: *“¿Existe una norma que haya suplido el vacío que dejó la derogatoria del artículo 29 del Decreto 1492 de 1998?”*

Respuesta de la OAJ: La derogatoria del artículo 29 del Decreto 1492 de 1998 en realidad no produjo vacío alguno, lo que ocurre es que las consecuencias de la inobservancia de la separación contable han variado con los cambios de regímenes de contraprestaciones en materia de telecomunicaciones, de manera que el tratamiento jurídico del tema en los Decretos 1492 de 1998, 2041 de 1998 y 1972 de 2003, es diverso al que actualmente le dan los Decretos 1161 de 2010 y 542 de 2014.

Pregunta Dos: *“¿Cuáles son las normas vigentes en materia de contraprestaciones por la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones?”*

Respuesta de la OAJ: Las normas vigentes en materia de contraprestaciones por la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones están actualmente contenidas en los decretos 1161 de 2010 y 542 de 2014, y las resoluciones 290 de 2010 y 2877 de 2011.

No obstante, conviene precisar que si el proveedor de que se trate se encuentra en el régimen de transición de que trata el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, le será aplicable el Decreto 1972 de 2003, según lo prevé el inciso 1° de dicho precepto.

Pregunta Tres: *"¿Si un supuesto PRST no registra en su contabilidad ingresos por concepto de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, con base en que norma jurídica, podría el Ministerio de TIC, presumir la realización de ingresos y proceder a ajustar las correspondientes autoliquidaciones?"*

Respuesta de la OAJ:

En la actualidad no existe una norma que expresamente contenga tal presunción. No obstante, es preciso señalar que el ministerio no requiere presunción legal alguna dado que, conforme lo enseña el artículo 2 del Decreto 542 de 2014, la contraprestación periódica de que tratan los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009 se causa por la provisión de redes de telecomunicaciones, la provisión de servicios de telecomunicaciones o la provisión de unas y otras, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior. No se incluye dentro de dicha regla la provisión de redes de telecomunicaciones que se haga para consumo o utilización propios sin suministro a terceros.

De manera que, si en ejercicio de las funciones de vigilancia y control el Ministerio encuentra que un proveedor está realizando alguna cualquiera de tales actividades económicas, bien podría la entidad entrar a determinar tanto el ingreso base de liquidación como el monto de la contraprestación que correspondería haber pagado al proveedor, con base en los registros contables del obligado y con fundamento en lo reglado por los artículos 2 al 6 del Decreto 542 de 2014, sin que sea posible, valga destacar, incluir como base de la contraprestación periódica ingresos por actividades distintas a la provisión de redes y de servicios de telecomunicaciones, tal como lo dispone el Parágrafo del Artículo 4 del mismo Decreto 542 de 2014.

Atentamente,



BERNER BAQUERO FIGUERO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Con Copia A: Flor Ángela Castro, Coordinadora Grupo de Cartera
Mayerly Díaz Rojas, Directora de Vigilancia y Control

Proyectó: Luis Leonardo Mongui R.