



Entidad originadora:	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
Fecha (dd/mm/aa):	[*] de [*] de 2023
Proyecto de Decreto/Resolución:	"Por medio del cual se modifica en materia de la contraprestación económica por el uso del espectro radioeléctrico y sus garantías el Libro 2, Parte 2, Título 2, Capítulos 1 y 4 del Decreto Único Reglamentario del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto 1078 de 2015"

1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN.

1.1 Contexto sobre el espectro y los permisos para su utilización

La Constitución Política de Colombia establece en su artículo 75 que "[e]l 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". En ese orden de ideas, en cumplimiento del mandato constitucional, la Ley 1341 de 2009 (la "Ley 1341") define, entre otros aspectos, los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, estableciendo el marco institucional y funcional del sector, el cual es liderado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (el "Ministerio").

Bajo ese contexto, el artículo 17 la Ley 1341 asigna al Ministerio el objetivo de desarrollar las políticas, planes, programas y proyectos del sector de las TIC, 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. En el marco de tales propósitos, el artículo 10 de la Ley 1341 cataloga la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones como un servicio público bajo la titularidad del Estado, siendo el Ministerio quien cuenta con la competencia para otorgar los permisos para el uso del espectro a los participantes en los procesos de selección objetiva que cumplan con los requisitos establecidos por la Entidad en la respectiva convocatoria, la cual deberá ajustarse a los presupuestos de la Ley 1341, las disposiciones aplicables del Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, esto es el Decreto 1078 de 2015 (el "Decreto 1078"), así como las Resoluciones expedidas por el Ministerio y que desarrollen algunos aspectos de los procesos de selección objetiva como, por ejemplo, la Resolución 917 de 2015 (la "Resolución 917") que contiene el régimen general aplicable a las garantías para cubrir riesgos en materia de telecomunicaciones y servicios postales.

En términos generales, las disposiciones referidas otorgan unas facultades amplias al Ministerio para fijar las condiciones del proceso de selección objetiva, siempre que se persigan los fines del sector, consistentes esencialmente en maximizar el bienestar social, garantizando el acceso de la población a los servicios de telecomunicaciones, procurando que se establezcan condiciones que garanticen la libre concurrencia de los interesados a los procesos correspondientes. En particular, el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida" expedido mediante la Ley 2294 de 2023 (el "Plan de Desarrollo"), incorporó una serie de mandatos al Ministerio, con el fin de promover la conectividad en el cuatrienio. Así, en el artículo 142 del Plan de Desarrollo se estableció:

"Artículo 142. Conectividad digital para cambiar vidas. Para efectos de promover la conectividad digital como un generador de oportunidades, riqueza, igualdad y productividad, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará las siguientes medidas:

- 1. Llevar conectividad digital a zonas vulnerables y apartadas, y mejorar la cobertura y calidad de los servicios de telecomunicaciones, a través de diferentes tecnologías y compartición de infraestructura.*
- 2. Hacer del Internet y de las tecnologías digitales un instrumento de transformación social.*
- 3. Desplegar infraestructura para mejorar la conectividad digital del país con redes neutras, cables submarinos, fibra óptica, tecnología satelital, entre otras tecnologías, mediante diversos mecanismos, entre ellos la coinversión entre el Estado y los actores privados.*



4. Promover la eliminación de barreras por parte de las entidades territoriales y/o nacionales para el despliegue de redes de telecomunicaciones.

5. Adelantar la asignación del espectro a través de esquemas y condiciones que maximicen el bienestar social y la compartición de este recurso, promoviendo su uso eficiente.

6. Fortalecer a los pequeños prestadores de los servicios de telecomunicaciones con el fin de aportar en el cierre de la brecha digital.

Parágrafo 1°. El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones entregará un reporte anual a más tardar el 1° de abril a las Comisiones Sextas de Senado y Cámara del Congreso de la República evaluando el avance de proyectos, planes y programas implementados en materia de cobertura y calidad de conectividad digital en el país. El anterior documento deberá incluir indicadores de evaluación del avance de las licitaciones adelantadas por el ministerio, los prestadores del servicio, el número de nuevas conexiones y las acciones de mejoramiento de la infraestructura instalada, así como los proyectos de obligaciones de hacer habilitados a la fecha del reporte.

Parágrafo 2°. Reglamentado por el Decreto 1326 de 2023. Los equipos que se obtengan en el Programa “Computadores para Educar” o el que haga sus veces, podrán ser entregados directamente a menores de edad en zonas urbanas, rurales, apartadas y de difícil acceso. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en un término de seis (6) meses, reglamentará las condiciones bajo las cuales se podrá efectuar dicha entrega” (subrayas fuera del texto original).

Al definir el concepto de maximización del bienestar social, el artículo 8 de la Ley 1978 (la “Ley 1978”), que modifica el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, establece que “[s]e entiende como maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico, principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios. Lo anterior, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales y las recomendaciones de la UIT. En cualquier caso, la determinación de la maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico estará sujeta a valoración económica previa”.

Teniendo en cuenta el marco normativo aplicable, es un objetivo del Gobierno Nacional promover la conectividad en Colombia incrementando la cobertura, la penetración de los servicios y la transición hacia nuevas tecnologías, para generar más oportunidades de educación, emprendimiento y salud, contribuyendo así al cierre de la brecha digital, bajo condiciones que mejoren el acceso y la calidad del servicio móvil y permitan masificar el entorno digital del país, para así mejorar la calidad de vida de todos los colombianos, especialmente para aquellos que viven en zonas rurales y apartadas del país y aquellos en condición de pobreza y vulnerabilidad, siendo la asignación del espectro un mecanismo de política pública esencial para facilitar el cumplimiento de estos objetivos.

De igual manera, es prioridad del Gobierno Nacional atender las recomendaciones en materia de conectividad que ha realizado la OCDE, existiendo en la actualidad la meta de conectar el 85% del país con productividad, llevar la conectividad a los territorios y especialmente a las zonas rurales aún no conectadas, para que puedan tener acceso a internet y de esta manera se contribuya al proceso de cerrar la brecha digital y mejorar la calidad del servicio donde ya existe para la productividad de las regiones.

Así pues, el Ministerio, teniendo en cuenta los procesos de selección objetiva que se realizarán en los años 2023 y 2024 para la asignación, renovación, modificación o cesión de permisos de uso del espectro radioeléctrico para bandas identificadas para las telecomunicaciones móviles internacionales (“IMT” por sus siglas en inglés), ha identificado la necesidad y oportunidad de realizar una serie de ajustes al esquema de garantías, con el fin de optimizar la utilización de los recursos por concepto de contraprestación y enfocarlos de esa manera para avanzar en la reducción de la brecha digital y, en general, cumplir con las metas y objetivos trazados por el Gobierno Nacional en el sector de las TIC.

1.2 La contraprestación por el uso del espectro y los mecanismos para garantizar su pago

Para efectos del diseño e implementación del proceso de selección objetiva para asignación del permiso de uso del espectro, el Ministerio deberá dar aplicación a los lineamientos establecidos en el Título II de la Ley 1341 y los artículos 2.2.2.1.1.1 y siguientes



del Decreto 1078. En las referidas disposiciones se establecen los parámetros generales que deberá tener el proceso de selección objetiva, dentro de los cuales se destaca la facultad en cabeza del Ministerio de fijar las condiciones asociadas al otorgamiento de una garantía de cumplimiento de las obligaciones asumidas por parte del asignatario, lo cual se incluirá en el acto administrativo de apertura del respectivo procedimiento.

Ahora bien, evidentemente la facultad reglamentaria del Ministerio debe ceñirse a los principios constitucionales y legales aplicables a la función administrativa y, en tal sentido, los actos administrativos que desarrollen el contenido de la Ley 1341 en cuanto al proceso de selección objetiva y garantías aplicables, deberán adecuarse a los presupuestos de esta Ley, en los cuales no se establece algún tipo de restricción para la fijación de la contraprestación, proceso de selección o garantías, siempre y cuando la reglamentación tenga como finalidad lograr los objetivos legales y constitucionales en materia de expansión y acceso a la población a los servicios asociados a las telecomunicaciones. Esto, teniendo en cuenta lo establecido, entre otras, en la Sentencia C-1005 de 2008 de la Corte Constitucional, en la cual la Corporación manifestó que “...[l]a facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador”.

En el marco de los presupuestos anteriores, cuando como resultado del proceso de selección objetiva se asigne el permiso para el uso del espectro, la Ley 1341 establece en su artículo 13 el pago de una contraprestación económica a cargo de los asignatarios, en los siguientes términos: “[l]a utilización del espectro radioeléctrico por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, así como los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que se acojan al régimen de habilitación general, dará lugar a una contraprestación económica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”. Tal contraprestación deberá ser asumida por el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones con ocasión de la expedición del acto administrativo particular que asigne el uso de un bloque del espectro, considerando, en todo caso, que los permisos por el uso del espectro radioeléctrico tendrán un plazo definido inicial hasta de veinte (20) años, el cual podrá renovarse a solicitud de parte por periodos de hasta veinte (20) años, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 1341.

Así pues, la principal obligación del asignatario se encuentra asociada al pago de una contraprestación económica, la cual es definida en el artículo 13 de la Ley 1341, modificada por el Plan de Desarrollo, que da una especial connotación a la ejecución de obligaciones de hacer, que pueden corresponder al 90% del valor total de la contraprestación:

“Artículo 13. Modificado por la Ley 1978 de 2019, artículo 10. Contraprestación económica por la utilización del espectro radioeléctrico. La utilización del espectro radioeléctrico por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, así como los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que se acojan al régimen de habilitación general, dará lugar a una contraprestación económica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El importe de esta contraprestación será fijado mediante resolución por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con fundamento en criterios de fomento a la inversión, la maximización del bienestar social, el estado de cierre de la brecha digital, así como, entre otros, en los siguientes aspectos: ancho de banda asignado, número de usuarios potenciales, disponibilidad del servicio, planes de expansión y cobertura, demanda por el espectro y su disponibilidad y cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del valor que debe recibir el Estado por la utilización del espectro radioeléctrico.

Inciso 2º modificado por la Ley 2294 de 2023, artículo 140. La contraprestación económica de que trata este artículo deberá pagarse por el respectivo proveedor de redes o servicio de telecomunicaciones con ocasión del otorgamiento o renovación del permiso para la utilización del espectro radioeléctrico. Esta contraprestación podrá pagarse parcialmente, hasta un 90% del monto total, mediante la ejecución de obligaciones de hacer, que serán previamente autorizadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de acuerdo con la reglamentación que se defina al respecto, para ampliar la calidad, capacidad y cobertura del servicio, que beneficie a la población pobre y vulnerable, o en zonas apartadas, en escuelas públicas ubicadas en zonas rurales y otras instituciones oficiales, como centros de salud y bibliotecas públicas, así como prestar redes de emergencias. Las inversiones a realizar serán determinadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y deberán ajustarse a la normatividad presupuestal. Estas obligaciones contarán con



una supervisión o interventoría técnica, administrativa y financiera a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que garanticen transparencia y cumplimiento de las obligaciones de hacer. Los recursos necesarios para financiar la supervisión o interventoría deberán ser garantizados por el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Para el caso de los servicios de televisión abierta radiodifundida, prestados por aquellos operadores que permanezcan en el régimen de transición en materia de habilitación, y de radiodifusión sonora, el valor de la contraprestación económica se regirá por las normas especiales pertinentes. Particularmente, los operadores públicos del servicio de televisión mantendrán las excepciones y exenciones actualmente aplicables en materia de contraprestaciones.

Parágrafo. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán presentar un informe anual durante la vigencia del permiso ante la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el cual se detallará el avance de ejecución de sus obligaciones cuando estas comprendan proyectos de infraestructura tendientes a ampliar la cobertura y el desarrollo digital.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deberá entregar anualmente al Congreso de la República y a la Contraloría General de la República, un informe específico sobre las contraprestaciones económicas que hayan autorizado en virtud de las obligaciones de hacer previstas en el inciso segundo del presente artículo, con la justificación y valoración de la mencionada decisión.” (subrayas fuera del texto original)

De igual forma, teniendo en cuenta la relevancia que tiene el pago de la contraprestación económica por parte del asignatario, el Ministerio deberá fijar dentro de cada proceso de selección objetiva las garantías que amparan el pago de la misma. En tal sentido, el Decreto 1078 establece el campo de acción del Ministerio sobre el particular, en los siguientes términos:

“Artículo 2.2.2.1.1.5. Garantías de cumplimiento. Con el fin de amparar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, una vez otorgado el permiso, la entidad podrá solicitar al titular del mismo la constitución de garantías cuya clase, valor y vigencia serán establecidos en el acto administrativo que ordene la apertura del procedimiento.”

“Artículo 2.2.15.5. Aprobación de planes, programas y proyectos presentados por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Para la aprobación de los planes, programas y proyectos, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones realizará los estudios, verificación, elegibilidad y análisis de los planes, programas y proyectos propuestos como forma de pago por el otorgamiento o renovación, los cuales deberán estar enmarcados dentro de los planes y programas del Ministerio, de conformidad con los siguientes términos:

[...]

3. Garantías. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones definirá en los actos particulares correspondientes y de conformidad con la normatividad vigente, las garantías aplicables a los proyectos relacionados con obligaciones de hacer como forma de pago por concepto de la contraprestación económica por el otorgamiento o renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico.” (subrayas fuera del texto original)

Sobre el particular, el Ministerio expidió la Resolución 917 de 2015 (la cual ha sido modificada por las Resoluciones 1090 de 2016 y 162 de 2016), mediante la cual se determinan las garantías para cubrir riesgos en materia de telecomunicaciones y de servicios postales, destacándose dentro de las coberturas que deben tener las garantías derivadas de los permisos para uso del espectro radioeléctrico, las siguientes enlistadas en el Artículo 5:

“Artículo 5°. Presupuestos de las garantías. Las garantías deberán cumplir los siguientes presupuestos generales:

[...]

5.3. Numeral modificado por la Resolución 1090 de 2016, artículo 4°. Coberturas:

[...]



5.3.2. Garantizar el pago de la contraprestación económica derivada del otorgamiento o renovación de permisos para uso del espectro radioeléctrico, de acuerdo con el régimen de contraprestaciones que le sea aplicable, exceptuando aquellos permisos para el uso del espectro radioeléctrico derivados del servicio de Radiodifusión Sonora, los cuales se registrarán por lo establecido en el numeral 5.3.5. y 5.4.5. de la presente resolución.

[...]

5.3.6. En los casos en que existan obligaciones de hacer como forma de pago de la contraprestación económica por el otorgamiento o renovación del permiso para el uso del espectro radioeléctrico, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones señalará en el acto administrativo particular que establezca la aprobación del plan, programa o proyecto de obligaciones de hacer, de conformidad con los riesgos evidenciados del proyecto, las condiciones, amparos, vigencias, y demás estipulaciones de las garantías, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo del numeral 5.5 y el numeral 5.6.6. de la presente Resolución.” (subrayas fuera del texto original)

“5.4.2. Valor a garantizar para los titulares del permiso para el uso del espectro radioeléctrico:

Para asegurar el cumplimiento en el pago de la contraprestación económica derivada del otorgamiento, renovación, modificación o cesión de permisos para el uso del espectro radioeléctrico, la suma a garantizar será del cien por ciento (100%) del valor de dicha contraprestación, de acuerdo con lo establecido en el régimen de contraprestaciones vigente.

Se excluyen los proveedores del servicio de Radiodifusión Sonora, los cuales se registrarán por lo establecido en el numeral 5.4.5. de la presente resolución.” (subrayas fuera del texto original)

Bajo ese marco normativo y sin perjuicio de ser claro que la contraprestación económica se genera por la asignación, asociado a la disponibilidad del espectro, se ha entendido que el valor que en la actualidad debe ser amparado con una garantía de cumplimiento, por los asignatarios de permisos para el uso del espectro, corresponde al valor total de la contraprestación a ser pagada durante el plazo por el cual es otorgado el permiso de uso del espectro y un año más, lo cual, según lo ha manifestado el mercado asegurador y los interesados en el proceso de subasta (siendo la muestra los comentarios al proyecto de Resolución de la subasta para asignación del espectro del segundo semestre de 2023) representa la generación de primas y contragarantías con valores estimados que se acercan a una cuarta parte del valor total del permiso de uso del espectro, por lo que se hace necesario efectuar alguna revisión para optimizar esos valores con el fin de facilitar la constitución de garantías y así maximizar la concurrencia de interesados, los precios ofertados y generar un mayor beneficio a los usuarios.

Para ello es preciso señalar que, tal como lo señalan los incisos 1º y 2º del artículo 13 de la Ley 1341, el derecho del Estado colombiano a obtener la contraprestación económica por la asignación de permisos de uso del espectro, se origina en el acto de asignación y se sostiene en el derecho del asignatario de tener disponible para su uso el espectro radioeléctrico, disponibilidad que puede ser dividida en periodos -sin perjuicio de la forma de pago de la contraprestación que se asigne en el acto administrativo particular de asignación del permiso de uso-, de forma tal que los periodos amparados por las garantías a constituir por el asignatario sean equivalentes con los periodos en los que se causa la contraprestación por el derecho a tener la disponibilidad del uso del espectro radioeléctrico. Como ejemplo de ello se tiene que, en materia de contratación estatal, es posible dividir la garantía en contratos con una duración mayor a cinco años, según lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el esquema actual de garantías contenido en la Resolución 917 de 2015, modificada por las Resoluciones 1090 de 2016 y 162 de 2016 conlleva un alto costo que, en caso de mantenerse, representa una barrera de entrada para la participación en procesos de selección objetiva para la expansión de las redes móviles de quinta generación, en la cual se busca lograr la mayor conectividad y acceso posible a las redes a la población colombiana y que, adicionalmente, la división de la garantía de la contraprestación que se propone y que va en línea con lo dispuesto en la Ley 1341, es consecuente con las finalidades del Plan de Desarrollo, en el sentido de priorizar la ejecución de obligaciones de hacer como parte relevante de la contraprestación a ser pagada por el asignatario. Lo anterior, considerando que en los primeros años de permiso para el uso del espectro se espera la ejecución de mayores inversiones tendientes a priorizar la expansión de las redes, por lo cual, alivianar de alguna manera los costos financieros del asignatario, sin que se despretejan los intereses del pago de la contraprestación al Ministerio, resulta necesario para la concreción de las metas en materia de conectividad.



Es del caso indicar, que en todo caso y sin perjuicio de la división de la garantía, el asignatario del espectro deberá mantener durante toda la vigencia de la asignación del espectro una garantía por el período determinado, pues de no hacerlo se encontraría inmerso en un incumplimiento, que usualmente es catalogado como una condición resolutoria en los respectivos permisos del uso del espectro, que habilitarían al Ministerio a revocar dicho permiso y a ejecutar la garantía de cumplimiento, así como reclamar al asignatario los perjuicios adicionales que pudieran haberse causado por dicho incumplimiento, incluyendo el pago de la contraprestación adeudada.

Finalmente, en el marco del análisis de divisibilidad de la garantía realizado por el Ministerio, pudo evidenciarse que en mercados similares a Colombia existe cierta flexibilidad para la definición de las garantías por parte de la entidad encargada de la asignación del espectro y, en ocasiones, no es exigida dicha garantía, teniendo en cuenta que el incumplimiento del pago asociado al uso del espectro normalmente conlleva la pérdida de la titularidad del permiso. Así, fueron estudiadas las experiencias recientes de subastas de Chile y España, las cuales son reseñadas en el anexo de la presente memoria justificativa.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

(Por favor indique el ámbito de aplicación o sujetos obligados de la norma)

La modificación al régimen de garantías propuesto aplica al otorgamiento, renovación, modificación o cesión de permisos para el uso del espectro radioeléctrico derivado del servicio de redes y telecomunicaciones para bandas identificadas para IMT.

3. VIABILIDAD JURÍDICA

(Por favor desarrolle cada uno de los siguientes puntos)

3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo

La reglamentación que otorga la competencia para la expedición del acto administrativo está contenida en las siguientes normas:

- El artículo 209 de la Constitución Política indica que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se ejercerá con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.
- El artículo 2° de la Ley 1341 modificado por el artículo 3° de la Ley 1978 tiene como principios orientadores del sector, entre otros: *“1. Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Estado y en general todos los agentes del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deberán colaborar, dentro del marco de sus obligaciones, para priorizar el acceso y uso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la producción de bienes y servicios, en condiciones no discriminatorias en la conectividad, la educación, los contenidos y la competitividad. 2. Libre competencia. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia”.*
- El artículo 4° de la Ley 1341 modificado por el artículo 4° de la Ley 1978 tiene las reglas de intervención del Estado en el Sector de las TIC con los siguientes fines, entre otros: *“5. Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia. 7. Garantizar el uso adecuado y eficiente del espectro radioeléctrico, que maximice el bienestar social generado por el recurso escaso, así como la reorganización del mismo, respetando el principio de protección a la inversión, asociada al uso del espectro. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones responderán jurídica y económicamente por los daños causados a las infraestructuras.”*



- El espectro radioeléctrico es un bien público cuyo uso requiere de un permiso previo y expreso otorgado por el Ministerio mediante mecanismos de selección objetiva y previa convocatoria pública. El artículo 13 de la Ley 1341, modificado por el artículo 140 del Plan de Desarrollo, menciona que la contraprestación económica que deberá pagarse por el respectivo proveedor de redes o servicio de telecomunicaciones con ocasión del otorgamiento o renovación del permiso para la utilización del espectro radioeléctrico podrá pagarse parcialmente, hasta un 90% del monto total, mediante la ejecución de obligaciones de hacer o de cobertura, que serán previamente autorizadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; dicha contraprestación se encuentra reglamentada en el Título 2, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1078.
- El Decreto 1078 por su parte, establece en el artículo 2.2.2.1.1.5. la siguiente obligación en el marco del trámite del permiso de acceso al uso del Espectro Radioeléctrico: *“Garantías de cumplimiento. Con el fin de amparar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, una vez otorgado el permiso, la entidad podrá solicitar al titular del mismo la constitución de garantías cuya clase, valor y vigencia serán establecidos en el acto administrativo que ordene la apertura del procedimiento.”*
- El artículo 2.2.2.3.4. del mismo Decreto, se refiere al trámite de la renovación del permiso de la siguiente forma: *“Garantía. Toda renovación deberá estar amparada por una garantía de cumplimiento o una garantía bancaria a primer requerimiento, cuyas condiciones serán determinadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.”*

3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

Los artículos 2.2.2.4.3. y 2.2.2.1.1.5 del Decreto 1078 de 2015 se encuentran vigentes.

3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

El proyecto de Decreto modifica los artículos 2.2.2.4.3. y 2.2.2.1.1.5 del Decreto 1078 de 2015.

3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción)

N/A

3.5 Circunstancias jurídicas adicionales

N/A

4. IMPACTO ECONÓMICO (Si se requiere)

(Por favor señale el costo o ahorro de la implementación del acto administrativo)

Con la modificación a la Resolución 917 y al Decreto 1078 propuesta en el proyecto de reglamentación adjunto, se mantiene la cobertura de los riesgos asociados al posible incumplimiento en el pago de las contraprestaciones derivadas de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, así como de las obligaciones de hacer.

En este sentido, se realizó un análisis de las garantías que actualmente están vigentes para las adjudicaciones realizadas. Se pudo observar que el costo promedio de dichas garantías se encuentra en el 1.32% anual sobre el valor garantizado. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede evidenciar en el análisis que el costo promedio para el permiso se encuentra en el 12% del valor total. Considerando la propuesta de modificación y realizando una modelación de los pagos por la asegurabilidad, se puede observar que,



en condiciones normales de cumplimiento de los objetivos propuestos en la adjudicación, este costo promedio baja del 12% al 11% aproximadamente, lo que implica una leve mejora en la eficiencia en costos y evidencia que no habría un impacto económico negativo.

Por lo anterior, con esta modificación, se lograría mantener el cubrimiento de los riesgos sin impactar negativamente la posición tanto del Ministerio como de los operadores, optimizando la focalización de las inversiones en la maximización de cobertura y acceso a las telecomunicaciones (ver anexo Excel modelo).

5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (Si se requiere)

(Por favor indique si cuenta con los recursos presupuestales disponibles para la implementación del proyecto normativo)

NA

6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN (Si se requiere)

(Por favor indique el proyecto normativo tiene impacto sobre el medio ambiente o el Patrimonio cultural de la Nación)

NA

7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO (Si cuenta con ellos)

ANEXOS:

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria
(Firmada por el servidor público competente –entidad originadora)

N/A

Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)

N/A

Informe de observaciones y respuestas
(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)

(Marque con una x)

Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio
(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)

N/A

Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública
(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)

N/A

Otro
(Cualquier otro aspecto que la entidad originadora de la norma considere relevante o de importancia)

N/A

SECRETARÍA GENERAL

DIRECCIÓN DE INDUSTRIA DE COMUNICACIONES

DIRECCIÓN JURÍDICA



**El futuro
es de todos**

Gobierno
de Colombia

FORMATO MEMORIA JUSTIFICATIVA



Anexo – Ejemplos de regulación en materia de garantías y pago de la contraprestación

<u>Criterio</u>	<u>España</u>	<u>Chile</u>
<i>Norma jurídica aplicable</i>	Ley 9 de 2014, General de Telecomunicaciones y Real Decreto 123 de 2017, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico	Ley 1868, General de Comunicaciones y Decreto 412, que reglamenta el concurso público a que se refiere el artículo 13C de la Ley General de Telecomunicaciones, para otorgar concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones
<i>Marco regulatorio general</i>	<p>La Ley General de Telecomunicaciones establece los conceptos y el marco institucional del sector de las TICs en España y, en ese sentido, regula los procesos habilitantes para las concesiones sobre el uso del espectro y las normas respecto a la duración, modificación o revocación de la concesión. En concreto, en el artículo 62 se menciona que los permisos que se otorgan para el uso del espectro tendrán la forma de concesión administrativa.</p> <p>Adicionalmente, en el Real Decreto 123 de 2017 se establecen los lineamientos que deberá tener en cuenta el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital para fijar las condiciones del procedimiento de licitación para el otorgamiento de título, en el cual se prevé que el Ministerio determine la cuantía de la garantía provisional, esto es aquella que es presentada por el participante para garantizar la seriedad de su oferta y la ejecución de las actividades requeridas para la adjudicación de la concesión demanial. Adicionalmente, el mencionado Real Decreto establece la posibilidad de exigir una garantía definitiva en función de la naturaleza de la red o del servicio. Sin embargo, como se evidencia a continuación en el ejemplo de subasta para asignación de uso de espectro en las bandas 3600-3800 MHz, no se prevé la exigencia de una garantía definitiva para el pago de las tasas asociadas a la concesión que se adjudique.</p>	<p>Al igual que la Ley General de Telecomunicaciones de España e, inclusive, la Ley 1341, la Ley General de Comunicaciones chilena establece el esquema general bajo los cuales el Ejecutivo debe reglamentar los procesos para la asignación y uso del espectro radioeléctrico.</p> <p>Al respecto, el artículo 13C regula la concesión para el uso del espectro, la cual se asigna mediante concurso público, que deberá ser adelantado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.</p> <p>Así, según el Decreto 412, que reglamenta el concurso público a que se refiere el artículo 13C de la Ley General de Telecomunicaciones, la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio que es la dependencia encargada de llevar a cabo las subastas, deberá especificar en las bases del proceso de asignación los montos y plazos de las boletas de garantía bancaria que servirán para garantizar la seriedad de la solicitud y el fiel, íntegro y oportuno cumplimiento de la ejecución del proyecto técnico comprometido por la postulante y que se tendrá presente para asignar la concesión.</p>



Ejemplos de convocatorias en España y Chile en materia de garantías

Chile - Resolución N° 1367, 14 de agosto de 2020	
Pago del precio ofertado	<p>“Artículo 32.- El llamado a licitación y su procedimiento</p> <p><i>La resolución que llama a licitación deberá dictarse cuando existan dos o más postulaciones que se encuentren en igualdad de condiciones para ser asignatarias de concesión, de conformidad con el inciso segundo del artículo 13C de la Ley y los artículos 7° y 9° del Reglamento.</i></p> <p><i>Se entiende que se encuentran en igualdad de condiciones las postulaciones que, como resultado de la evaluación técnica, se ubican en un mismo lugar del listado a que se refiere el artículo 27 de estas Bases.</i></p> <p><i>La licitación se llevará a cabo con arreglo a las siguientes reglas de procedimiento:</i></p> <p>[...]</p> <p><i>f) Pago del precio ofertado</i></p> <p><i>Vencido el plazo para que los terceros puedan deducir reclamaciones conforme al artículo 33 de estas Bases, o resueltas aquellas que se hayan formulado, la Subsecretaría notificará al asignatario del hecho de que se dictará el decreto que otorga la concesión. <u>El asignatario deberá concurrir ante la Tesorería General de la República, dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha de aquella notificación, a efectos de pagar el precio ofertado en la licitación.</u></i></p> <p><u><i>Dentro de ese mismo plazo, el adjudicatario deberá enviar copia a SUBTEL del certificado de pago emitido por la Tesorería, bajo apercibimiento de hacerle efectiva la boleta de garantía de seriedad de la solicitud, así como también la boleta de garantía de seriedad de la oferta económica, ambas en poder de la Subsecretaría.</i></u></p> <p><i>f) Devolución de la garantía y causales de cobro</i></p> <p><i>La boleta de garantía de seriedad de la oferta económica será devuelta por SUBTEL a sus tomadores en las siguientes oportunidades:</i></p> <p><i>1) Si la licitación se declara desierta, la garantía será devuelta a todos los licitantes dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la dictación de la resolución que declaró desierto el procedimiento de licitación.</i></p> <p><i>2) Si la licitación se adjudica a un postulante, la garantía será devuelta a este asignatario dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la fecha de publicación en el Diario Oficial del decreto que otorga la concesión. Con todo, la garantía será devuelta a los demás licitantes, y que no resultaron asignatarios, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la fecha de la publicación de la resolución que adjudica la licitación.</i></p> <p><i>La garantía será ejecutada administrativamente por la Subsecretaría, a través de la emisión de la correspondiente resolución fundada y su presentación a cobro ante el emisor bancario, cuando concorra alguna de las siguientes causales:</i></p> <p><i>i. Desistimiento expreso del licitante: cuando manifieste expresa y claramente su intención de no continuar en la licitación.</i></p> <p><i>ii. Desistimiento tácito del licitante: cuando celebre u omita cualquier acto que implique su exclusión del Concurso en la fase de licitación y, en general, cuando no proceda al pago del</i></p>



	<p>precio ofertado dentro de los 10 días hábiles siguientes contado desde la fecha en que se le notifique que se emitirá el decreto que otorga la concesión.”</p>
<p>Garantías exigidas en el proceso de asignación</p>	<p>“Artículo 34.- Garantías exigidas en el marco del Concurso</p> <p><u>El Concurso contempla la entrega de dos tipos de garantías: una para asegurar la seriedad de la solicitud, la cual deberá ser presentada por cada postulante; y otra garantía para asegurar el correcto y fiel cumplimiento de la ejecución del proyecto técnico comprometido, la cual deberá ser entregada por el asignatario de la concesión.</u></p> <p>Adicionalmente, y para el evento que se produzca la licitación por haberse producido igualdad de condiciones entre dos o más postulaciones, los participantes que se encuentren en dicha situación deberán acompañar una garantía de seriedad de la oferta económica, la cual deberá cumplir con las especificaciones que se indican en el artículo 32 de las Bases.</p> <p>Se podrá acompañar como garantía cualquier tipo de instrumento financiero que sea pagadero a la vista, tenga carácter irrevocable y asegure su cobro de manera rápida y efectiva por la Subsecretaría. En tal sentido, y a título meramente ejemplar, la caución podrá consistir en una boleta de garantía bancaria a la vista, un certificado de fianza pagadero a la vista, un depósito a la vista, un vale vista, o bien una póliza de garantía a primer requerimiento y a la vista. Con todo, la caución para asegurar la seriedad de la oferta económica, en el evento de la licitación, deberá corresponder necesariamente a una boleta de garantía bancaria conforme exige el artículo 9° del Reglamento.”</p> <p>“Artículo 38.- Garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento</p> <p>La garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento tiene como objeto cautelar la ejecución del proyecto técnico comprometido por el asignatario de la concesión de manera fiel, íntegra y oportuna. La garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento debe cumplir con las siguientes características:</p> <p>a) Monto: 450.000 UF (cuatrocientas cincuenta mil unidades de fomento), expresadas en esta unidad.</p> <p>b) Emisor: banco comercial o institución financiera con casa matriz o sucursal en la Región Metropolitana, o bien una sucursal de banco comercial extranjero con oficinas en Santiago (Chile).</p> <p>c) Beneficiario: Subsecretaría de Telecomunicaciones, R.U.T. N° 60.513.000-3</p> <p>d) Modalidad de pago: a la vista y al solo requerimiento, no estando su pago sujeto a condición alguna.</p> <p>e) Tomador: el propio postulante. En el caso de un consorcio o joint venture, el tomador podrá ser cualquier integrante del mismo. No se admitirá una caución otorgada por un tercero.</p> <p>f) Vigencia: a lo menos tres (03) años contados desde su presentación. En caso que, por cualquier motivo, el plazo de vencimiento de la garantía no corresponda con la oportunidad en que debe hacerse devolución de ella, la garantía deberá ser reemplazada sucesivamente por una nueva. Este reemplazo deberá efectuarse con una antelación de 30 días hábiles al vencimiento respectivo, bajo sanción de hacer efectiva la garantía entregada por el concesionario que obre en ese momento en poder de la Subsecretaría.</p> <p>g) Glosa: “Para garantizar el fiel, íntegro y oportuno cumplimiento del proyecto técnico en el concurso público para la banda 3,5 GHz”.</p>



	<p><i>La garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento deberá ser entregada por el asignatario de la concesión dentro de los cinco días hábiles siguientes a la dictación de la resolución, tratada en el artículo 30 de estas Bases, que asigna el Concurso en su favor. La administración y custodia del instrumento de garantía corresponderá a la División de Administración y Finanzas de SUBTEL.”</i></p> <p>“Artículo 39.- Devolución de la garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento</p> <p><i>SUBTEL devolverá esta garantía al concesionario que haya cumplido en forma fiel, íntegra y oportuna con la ejecución del proyecto técnico comprometido en la totalidad de sus etapas. La devolución se materializará dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha de la recepción conforme de las obras e instalaciones de la última etapa comprometida, y siempre que la Subsecretaría haya dado la autorización de inicio del servicio.”</i></p> <p>“Artículo 40.- Cobro de la garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento</p> <p><i>La garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento será cobrada administrativamente por SUBTEL, a través de la emisión de la correspondiente resolución fundada y su presentación a cobro ante el emisor bancario o financiero, <u>cuando no se ejecute de manera fiel, íntegra y oportuna el proyecto técnico en la totalidad de sus etapas.</u> Asimismo, la garantía deberá ser cobrada por la Subsecretaría frente a cualquier otra inobservancia de las exigencias previstas en las Bases y que autorice a su cobro. Los fundamentos para calificar un hecho como incumplimiento quedarán consignados en la resolución de la Subsecretaría que instruye el cobro de la garantía.”</i></p>
--	---

<p>España – Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda de 3600-3800 MHz y se convoca la correspondiente subasta</p>	
<p>Pago del precio ofertado</p>	<p>“Cláusula 18. Pago del importe de la subasta</p> <p><u><i>El pago del importe de la subasta para cada una de las concesiones demaniales se realizará en 20 pagos anuales durante los 20 años de duración de la concesión demanial.</i></u></p> <p><u><i>El primer pago anual para cada concesión será por un importe igual a la vigésima parte de la mayor puja vigente para la concesión una vez finalizado el proceso de la subasta, conforme a lo siguiente:</i></u></p> <p>[...]</p> <p><i>Los 19 pagos restantes se determinarán, conforme a un sistema de anualidades constantes, y su importe se calculará según el método siguiente:</i></p> <p>[...]</p> <p><i>El licitador que tiene la mayor oferta económica válida (mayor puja vigente al final de la última ronda) en cada una de las concesiones demaniales estará obligado a realizar el primer pago (P1) por el importe determinado conforme a lo señalado en esta cláusula y presentar ante la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital el justificante del ingreso efectivo en el Tesoro Público del mismo en el plazo señalado en la cláusula 15.</i></p>



	<p>Los 19 pagos restantes por el importe constante (PA) determinado conforme a lo señalado en la presente cláusula se realizarán de manera anual durante la duración de la concesión demanial. Los titulares de cada una de las concesiones demaniales estarán obligados a presentar anualmente ante la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital el justificante del ingreso efectivo en el Tesoro Público del pago de la cada una de las 19 anualidades sucesivas, comenzando en 2019 y finalizando en 2037, y dentro de cada una de las anualidades, con anterioridad a la misma fecha en que en el año 2018 se hubiera formalizado la concesión, según lo señalado en la cláusula 17.</p> <p><u>La falta de ingreso y presentación del correspondiente justificante de los pagos realizados en el plazo señalado en cualquiera de las anualidades dará lugar a la extinción de la concesión demanial, sin que ello dé lugar a ningún derecho en favor del concesionario de compensación alguna o devolución de las cantidades ya abonadas por su parte.</u></p>
<p>Garantías exigidas en el proceso de asignación</p>	<p>“Artículo 34.- Garantías exigidas en el marco del Concurso</p> <p><u>El Concurso contempla la entrega de dos tipos de garantías: una para asegurar la seriedad de la solicitud, la cual deberá ser presentada por cada postulante; y otra garantía para asegurar el correcto y fiel cumplimiento de la ejecución del proyecto técnico comprometido, la cual deberá ser entregada por el asignatario de la concesión.</u></p> <p>Adicionalmente, y para el evento que se produzca la licitación por haberse producido igualdad de condiciones entre dos o más postulaciones, los participantes que se encuentren en dicha situación deberán acompañar una garantía de seriedad de la oferta económica, la cual deberá cumplir con las especificaciones que se indican en el artículo 32 de las Bases.</p> <p>Se podrá acompañar como garantía cualquier tipo de instrumento financiero que sea pagadero a la vista, tenga carácter irrevocable y asegure su cobro de manera rápida y efectiva por la Subsecretaría. En tal sentido, y a título meramente ejemplar, la caución podrá consistir en una boleta de garantía bancaria a la vista, un certificado de fianza pagadero a la vista, un depósito a la vista, un vale vista, o bien una póliza de garantía a primer requerimiento y a la vista. Con todo, la caución para asegurar la seriedad de la oferta económica, en el evento de la licitación, deberá corresponder necesariamente a una boleta de garantía bancaria conforme exige el artículo 9° del Reglamento.”</p> <p>“Artículo 38.- Garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento</p> <p>La garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento tiene como objeto cautelar la ejecución del proyecto técnico comprometido por el asignatario de la concesión de manera fiel, íntegra y oportuna. La garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento debe cumplir con las siguientes características:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Monto: 450.000 UF (cuatrocientas cincuenta mil unidades de fomento), expresadas en esta unidad.b) Emisor: banco comercial o institución financiera con casa matriz o sucursal en la Región Metropolitana, o bien una sucursal de banco comercial extranjero con oficinas en Santiago (Chile).c) Beneficiario: Subsecretaría de Telecomunicaciones, R.U.T. N° 60.513.000-3d) Modalidad de pago: a la vista y al solo requerimiento, no estando su pago sujeto a condición alguna.



e) *Tomador: el propio postulante. En el caso de un consorcio o joint venture, el tomador podrá ser cualquier integrante del mismo. No se admitirá una caución otorgada por un tercero.*

f) *Vigencia: a lo menos tres (03) años contados desde su presentación. En caso que, por cualquier motivo, el plazo de vencimiento de la garantía no corresponda con la oportunidad en que debe hacerse devolución de ella, la garantía deberá ser reemplazada sucesivamente por una nueva. Este reemplazo deberá efectuarse con una antelación de 30 días hábiles al vencimiento respectivo, bajo sanción de hacer efectiva la garantía entregada por el concesionario que obre en ese momento en poder de la Subsecretaría.*

g) *Glosa: "Para garantizar el fiel, íntegro y oportuno cumplimiento del proyecto técnico en el concurso público para la banda 3,5 GHz".*

La garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento deberá ser entregada por el asignatario de la concesión dentro de los cinco días hábiles siguientes a la dictación de la resolución, tratada en el artículo 30 de estas Bases, que asigna el Concurso en su favor. La administración y custodia del instrumento de garantía corresponderá a la División de Administración y Finanzas de SUBTEL."

"Artículo 39.- Devolución de la garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento

SUBTEL devolverá esta garantía al concesionario que haya cumplido en forma fiel, íntegra y oportuna con la ejecución del proyecto técnico comprometido en la totalidad de sus etapas. La devolución se materializará dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha de la recepción conforme de las obras e instalaciones de la última etapa comprometida, y siempre que la Subsecretaría haya dado la autorización de inicio del servicio."

"Artículo 40.- Cobro de la garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento

La garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento será cobrada administrativamente por SUBTEL, a través de la emisión de la correspondiente resolución fundada y su presentación a cobro ante el emisor bancario o financiero, cuando no se ejecute de manera fiel, íntegra y oportuna el proyecto técnico en la totalidad de sus etapas. Asimismo, la garantía deberá ser cobrada por la Subsecretaría frente a cualquier otra inobservancia de las exigencias previstas en las Bases y que autorice a su cobro. Los fundamentos para calificar un hecho como incumplimiento quedarán consignados en la resolución de la Subsecretaría que instruye el cobro de la garantía."