

Bogotá D.C., 28 de septiembre de 2023.

Doctor

**MAURICIO LIZCANO ARANGO**

Ministro

**MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES**

Carrera 8ª, entre calles 12 y 13 Edificio Murillo Toro

Ciudad

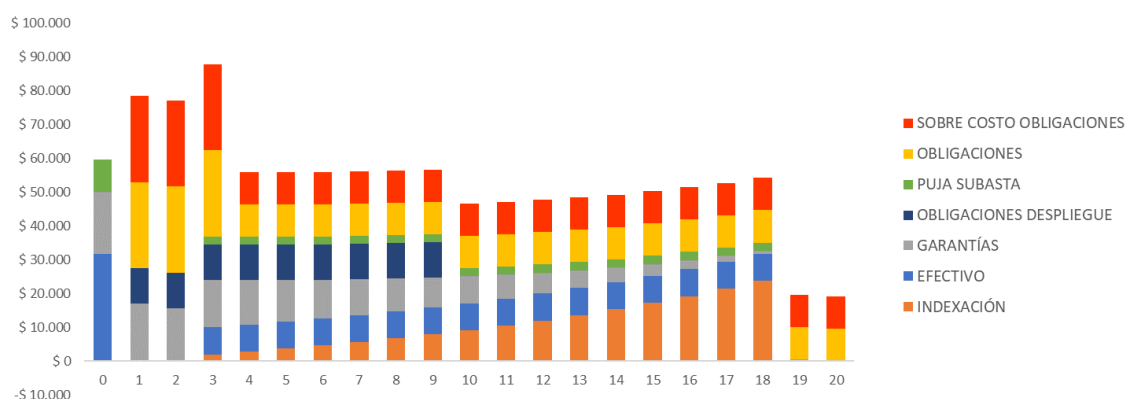
**Asunto:** Comentarios al proyecto de Decreto - *“Por medio del cual se modifica en materia de la contraprestación económica por el uso del espectro radioeléctrico y sus garantías el Libro 2, Parte 2, Título 2, Capítulos 1 y 4 del Decreto Único Reglamentario del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto 1078 de 2015”*

Respetado doctor Lizcano,

Una vez analizados los documentos de memoria justificativa y proyecto de decreto del asunto, publicados para comentarios por parte del MinTIC, desde Colombia Móvil S.A. ESP, UNE EPM Telecomunicaciones S.A. y EDATEL S.A., en adelante TIGO, presentamos a continuación los comentarios a dicha propuesta en los siguientes términos:

### **El verdadero costo del espectro**

Inicialmente es importante recordar que, para hacer uso del espectro, se requieren además de la asignación del permiso de uso, de otros componentes que incrementan el costo total del mismo. Con ocasión de la subasta de 5G, vale la pena revisar mediante una simulación que se muestra en la siguiente gráfica, los costos aproximados en los que un operador tendrá que incurrir durante los 20 años del permiso, entre estos los costos asociados al otorgamiento de garantías y/o pólizas. Como puede verse, además de la contraprestación económica por la asignación y uso del espectro, existen componentes adicionales que aumentan el costo final, como los son: la actualización monetaria por los pagos diferidos, la constitución de garantías de responsabilidad y cumplimiento, los sobre costos en la implementación de obligaciones (no valorados), lo que incrementaría el precio de reserva, los costos de despliegue de obligaciones de hacer, los costos de reposición de la infraestructura afectada por problemas de orden público, entre otros. En la siguiente gráfica se muestra la simulación de dichos costos, teniendo en cuenta las condiciones actuales propuestas para el proceso de subasta en la banda de 3.500 MHz, teniendo en cuenta los precios de reserva planteados, así como las obligaciones de hacer valoradas por el Ministerio.



**Gráfica 1.** Proyección de los costos asociados al 100 MHz de espectro de 3.500 MHz.  
Fuente: Elaboración propia

Viendo en detalle estas proyecciones, como se muestra en la siguiente tabla; existiría un sobre costo en componentes que el Ministerio no tiene en cuenta dentro de la valoración inicial de las condiciones de la subasta, pero que al final incrementan el costo del espectro. Entre estos, la actualización de los pagos diferidos representa el 18%, las obligaciones de hacer implican sobre costo del 24%, las garantías del 15% tal y como está planteada la subasta. Al final los costos adicionales en los que un operador interesado tendrá que incurrir, implicarán un 65% de costos adicionales, superando lo valorado por el Ministerio por mucho. Según el ejemplo, lo anterior significa que, aunque el precio de reserva para 100 MHz está tasado en aproximadamente \$397 mil millones de pesos, al incluir la totalidad de estos costos adicionales, obtendremos que el costo real por el uso de este espectro sería de \$1.127 mil millones, un 65% más de lo valorado en las condiciones iniciales.

	COSTO MINTIC	COSTO REAL TIGO	PARTICIPACIÓN	SOBRE COSTO
EFFECTIVO	\$ 159.153	\$ 159.153	14%	
INDEXACIÓN		\$ 176.659	16%	16%
OBLIGACIONES	\$ 238.729	\$ 238.729	21%	
GARANTÍAS		\$ 171.885	15%	15%
PUJA SUBASTA (+12%)		\$ 47.746	4%	4%
SOBRE COSTO OBLIGACIONES		\$ 238.729	21%	21%
OBLIGACIONES DESPLIEGUE		\$ 94.500	8%	8%
	<b>\$ 397.882</b>	<b>\$ 1.127.401</b>	<b>100%</b>	<b>65%</b>

**Tabla 1.** Componentes del verdadero costo del espectro. Fuente: Elaboración propia

No obstante, el componente de garantía objeto del proyecto en discusión, es otro componente importante del costo final del espectro. Más del 15% como lo plantea el ejercicio anterior, puede verse incrementado el costo total del uso del espectro para un operador por las garantías exigidas dentro de los permisos de

uso. Valor que ni siquiera entra a las arcas del Ministerio, sino que es capturado por las empresas aseguradoras y reaseguradoras del mercado de garantías, que emiten este tipo de pólizas, y que son al final las más favorecidas de este tipo de requisitos.

### **El valor a garantizar del 100% de la contraprestación económica excede el riesgo**

Cabe anotar, que las Garantías son un instrumento financiero que se utiliza para mitigar el riesgo de un eventual incumplimiento de las obligaciones pactadas en los permisos por el uso del espectro por parte del operador asignatario. Sin embargo, tal y como lo reconoce el mismo sector asegurador, el riesgo de que un operador incumpla las obligaciones adquiridas en un permiso de uso de espectro es bajo, así como de la misma manera, el MinTIC, cuenta con las herramientas para recuperar este recurso de manera expedita, lo que disminuye el riesgo aún más.

Actualmente, la Ley 1341 y según lo establecido en el Decreto 1078 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como la Resolución 917 de 2015 contienen el régimen general aplicable a las garantías para cubrir riesgos en materia de telecomunicaciones y servicios postales; estos establecen que el Ministerio podrá solicitar al titular del permiso de uso mismo “la constitución de garantías cuya clase, valor y vigencia serán establecidos en el acto administrativo que ordene la apertura del procedimiento”, y en el Decreto 917 determina que el valor a garantizar deberá ser del 100% de la contraprestación económica.

Por lo tanto, celebramos que la propuesta de resolución incorpore la posibilidad de dividir el permiso por segmentos o tramos pues promueve la eficiencia y efectividad en la constitución de estas garantías, debido a que no hay que hacer un primer y único pago de la garantía por el 100% del valor del permiso al inicio del mismo, sino dividir la constitución de estos seguros en fases dentro de todo el proyecto de uso del espectro, lo que a todas luces disminuye los costos operativos y administrativos de estos instrumentos. Lo anterior, teniendo en cuenta que el riesgo de incumplimiento por parte de los operadores históricamente es bajo y por lo tanto lo es igualmente, el riesgo derivado para el Ministerio.

La figura establecida actualmente, obliga el cubrimiento del 100% del valor de la contraprestación económica, así como una única garantía para las obligaciones pecuniarias y las obligaciones de hacer y/o de cobertura. Esto implica, una figura de supraseguro, que significa que en ciertos escenarios la cobertura superaría por mucho el monto de un eventual incumplimiento para un riesgo claramente identificado y clasificado como un riesgo menor al tener una tasa mínima de siniestralidad en los últimos diez años. Por lo tanto, consideramos que los riesgos que asume la entidad otorgante del permiso de uso del espectro no ameritan este monto de garantía.

Toda vez que, el riesgo financiero para el Ministerio es bajo, ya que siempre existe la posibilidad de recuperar el espectro, no se justifica que el valor a garantizar sea de la totalidad de la contraprestación económica, cuando una evaluación financiera del riesgo real que se realice a cualquier proceso de asignación daría como resultado que el riesgo nunca llegaría a ser del 100% de la contraprestación económica.

Por lo tanto, solicitamos que se modifique las imposiciones regulatorias actuales que obligan a que el valor a garantizar sea del 100% del valor de contraprestación económica, y que este porcentaje se fije según el verdadero riesgo de incumplimiento que debería ser calculado por parte del Ministerio por medio de la respectiva matriz de riesgos.

### No se debe modificar las condiciones del término de la garantía de cumplimiento

Agradecemos la iniciativa por parte del MinTIC sobre la divisibilidad en el tiempo por tramos de la garantía de cumplimiento asociadas a los permisos de uso del espectro. Este hito, demuestra que el MinTIC entiende que los compromisos de los asignatarios de espectro se dan por dos hechos: el primero, el otorgamiento como tal del espectro por la totalidad del permiso de uso; y segundo, por el uso que el operador ca a realizar de dicho espectro durante la totalidad de la licencia.

Apoyados en este punto, consideramos que la redacción planteada en el proyecto en el ARTÍCULO 2.2.2.1.1.5. así: “... el Ministerio podrá dividir el amparo de las garantías que debe constituir y presentar el asignatario en varios tramos o periodos consecutivos no inferiores a tres (3) años ...” no es clara en el sentido que la palabra “amparo” podría confundirse como el término o tiempo de vigencia de la garantía, que no tiene relación con el valor a garantizar. Entendemos que el propósito es permitir, la división del valor a garantizar utilizando los periodos o tramos de 3 años definidos. Siendo así, solicitamos hacer explícito que la división será sobre el valor a garantizar, según lo tramos o periodos definidos, y que no se pretende modificar el término de la garantía, ya que las condiciones para de término para estos instrumentos, están definidas en el Artículo 5, del Decreto 917 de 2015 en su numeral 5.5. los cuales no deben tener modificación alguna a los actualmente estipulados.

Cabe aclarar, que actualmente el numeral 5.5. del Artículo 5, del Decreto 917 establece sobre el término de la garantía lo siguiente:

*“La garantía deberá cubrir la vigencia del permiso, autorización, licencia o contrato, hasta su vencimiento y un año más. En caso de que el contrato o el acto administrativo respectivo superen el término de un (1) año, **el concesionario o asignatario podrá constituir las garantías por plazos iguales o superiores a dos años sucesivos y sin solución de continuidad**, evento en el cual, antes del vencimiento de la garantía que se ha expedido por un plazo inferior al de la asignación, licencia, concesión o autorización, el asignatario estará obligado a prorrogarla o a obtener una nueva para el periodo subsiguiente.”[NFT]*

Por lo tanto, en el evento en el que el MinTIC, aumente el término de la garantía en un plazo superior a los dos años actualmente permitidos como mínimo, desmejorará las condiciones actuales de los asignatarios para la consecución de estas garantías de cumplimiento, ya que como ha sido argumentado en las mesas de trabajo con el MinTIC, el mercado asegurador no emite garantías bancarias por términos mayores a dos (2) años para los montos a garantizar requeridos por los permisos de uso del espectro. Entonces, se debe aclarar que las condiciones establecidas para el término de la garantía, no son objeto de modificación por parte del presente proyecto de decreto.

## **Es necesario armonizar término de la garantía con los tramos o periodos para dividir el valor a garantizar**

Entendemos que la propuesta de decreto establece un nuevo esquema, en el cual el MinTIC podrá dividir el amparo (o valor a garantizar) en varios tramos consecutivos no inferiores a tres (3) años. Sin embargo, la propuesta difiere de lo establecido como ya se mencionó, para el término de la garantía la cual: “se podrá constituir las garantías por plazos iguales o superiores a dos (2) años sucesivos ...”

Lo anterior, puede significar que el tiempo de los tramos o periodos en los que se puede dividir el valor a garantizar, que son fijados en esta propuesta como tres (3) años, sean diferentes al término de la garantía que debe la mayoría de las veces será de dos (2) años. Como ya lo mencionamos, el mercado asegurador, no emite este tipo de garantías por periodos superiores a los dos (2) años, teniendo en cuenta los altos montos de a garantizar. Por lo tanto, al operador asignatario, le será casi imposible, lograr garantías de cobertura que superen este término, lo que al final, creará una diferencia entre los tres años de división del valor a garantizar y los dos años del término de la garantía.

Por este motivo, solicitamos que se armonicen, por un lado, los tramos o periodos en los que el ministerio pretende dividir el valor a garantizar, con el término permitido de la garantía, y que la propuesta de decreto establezca periodos o tramos de dos (2) años para la divisibilidad del valor a garantizar. Con este cambio, se lograrán eficiencias significativas tanto para el asignatario como para el MinTIC, ya que los periodos de división del valor a garantizar coincidirán con el término de la garantía, lo que evitará confusiones y disminuirá la carga operativa de consecución, así como la de revisión de esta obligación.

## **La primera garantía de los actos de asignación/renovación, no debería ser por un valor garantizado de 100% de la contraprestación económica, sino que debería excluirse el monto del primer pago.**

Con el ánimo de lograr una reducción adicional de los costos en los que los operadores incurren, por la constitución de las garantías de cumplimiento, y específicamente en lo que respecta a la garantía inicial. Es necesario estipular en el presente proyecto, que en el caso de que el primer pago de la contraprestación pecuniaria sea realizado antes de la constitución de la garantía de cumplimiento, el operador podrá descontar dicho pago del valor a garantizar en el caso de la primera garantía de cumplimiento. Con esta modificación, el asignatario de espectro en la garantía inicial, no se verá obligado a constituir la garantía por el 100% del valor de la contraprestación económica, sino por ejemplo, por el 80% solamente en los casos en los que haya realizado el pago antes de la constitución.

Lo anterior, garantiza la cobertura total del riesgo para el MinTIC, dado que el primer pago ya habría sido realizado, y aumentaría las posibilidades por parte de los operadores asignatarios de conseguir dicha garantía en el mercado asegurador de manera más rápida, así como con mejores condiciones.

Para lo anterior, proponemos adicionar lo siguiente al párrafo segundo de la propuesta:

*En el caso que el operador asignatario haya realizado el primer pago de la contraprestación económica antes del plazo establecido para la constitución de la garantía de cumplimiento, podrá descontar automáticamente dicho valor del valor a total a garantizar.*

### **Se deben fijar un plazo cierto para la divisibilidad del valor asegurado o por lo menos fijar criterios**

Tal y como lo plantea la propuesta regulatoria: "... el Ministerio podrá dividir el amparo de las garantías que debe constituir y presentar el asignatario en varios tramos o periodos consecutivos no inferiores a tres (3) años, conforme lo determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones en el acto administrativo particular y concreto de asignación del permiso de uso del espectro radioeléctrico.". Esta potestad, de definición por parte del MinTIC, crea incertidumbre para los asignatarios ya que no define claramente el periodo, sino que fija el límite inferior de 3 años para dichos periodos.

Por lo tanto, si se busca dar certidumbre a los asignatarios de espectro, lo que se debería hacer es fijar un periodo fijo para esta divisibilidad, y no dejar la potestad al MinTIC; o que es su defecto, al menos se fijen los criterios básicos que sirvan como instrumento para esa definición, para que los asignatarios de permisos de uso, renovación, cesión, etc., del espectro puedan conocer de manera previa las condiciones en que los mencionados tramos y/o periodos serán fijados. Solo mediante el establecimiento de los mencionados criterios se podrá garantizar la objetividad de los mismos y que su aplicabilidad se dé atendiendo criterios de equidad respecto de todos los asignatarios de permiso de uso de espectro, así como de los demás principios que deben orientar el ejercicio de la administración pública, tales como igualdad, imparcialidad y publicidad entre otros.

### **La garantía para las obligaciones pecuniarias debería ser diferente de la de obligaciones de cobertura**

Por otra parte, la propuesta sugiere que la garantía para cada periodo sea calculada teniendo en cuenta las obligaciones pecuniarias y las obligaciones de cobertura, lo que no es claro es definir si será posible constituir una garantía diferente para las obligaciones pecuniarias, y otra para las obligaciones de hacer y/o de cobertura. Desde Tigo sugerimos, que dentro del proyecto de decreto se contemple la opción de que existan garantías diferentes para estas obligaciones. Lo anterior queda justificado en que, como es de esperarse, las actividades requeridas para dar cumplimiento a las obligaciones de hacer o de cobertura, son muy diferentes a las actividades requeridas para dar cumplimiento a las obligaciones pecuniarias. Es así, como la cobertura de una eventual garantía debería responder tanto a estas actividades requeridas para cumplimiento en cada caso, como el riesgo asociado a estas actividades. Por lo tanto, vemos que mantener una única garantía no tiene sentido desde el punto de vista del riesgo que implica cada obligación.

Ahora bien, es esencial considerar la naturaleza de la obligación, pues si bien el MinTIC permitirá que se realicen ajustes al monto de la contraprestación, esto dependerá de la verificación que haga dicha entidad.



Sin embargo, las obligaciones de hacer o de cobertura tienen una mayor complejidad para su cuantificación y verificación, ya que actualmente, en las obligaciones de hacer o de cobertura se exige el desarrollo de proyectos que permitan masificar el acceso y servicio universal a los servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, para esto se tiene establecido en la Resolución 2715 de 2020, una metodología, un procedimiento y unos requisitos para la formulación, presentación, autorización, ejecución, cuantificación y verificación de las obligaciones. Caso contrario a las obligaciones pecuniarias.

De igual forma, solicitar una sola garantía por el valor de dos tipos de obligaciones diferentes dificultará la colocación de los riesgos asociados a las obligaciones de hacer, en tanto no habría claridad para el reasegurador del alcance de la exposición en las obligaciones de pago versus las obligaciones de hacer. Al respecto es importante indicar que las obligaciones de pago se encuentran excluidas de los contratos de reaseguro, razón por la cual, si se otorgan, deben respaldarse en su totalidad por el patrimonio de la aseguradora, dificultando la consecución del respaldo en el mercado asegurador.

Tal como lo asegura la Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda), solicitar una sola garantía por el valor de dos (2) tipos de obligaciones diferentes dificultaría la colocación de los riesgos asociados a las obligaciones de hacer, en tanto no habría claridad para el reasegurador del alcance de la exposición de riesgo en las obligaciones de pago, versus las obligaciones de hacer. Esto generaría que la aseguradora tendría que retener la totalidad del riesgo (tanto de las obligaciones de dar como de hacer), pudiendo ceder la proporción correspondiente a las obligaciones de hacer, pero estando imposibilitada para ello, en tanto solo se solicita una garantía por la totalidad de todas las obligaciones, unas excluidas de reaseguro y las otras no. En la práctica, las obligaciones de hacer en torno al uso del espectro electromagnético suelen tener el acompañamiento del reaseguro, pero solicitar una sola garantía, que tenga un valor asegurado para dos tipos de riesgos de naturaleza distinta, puede dificultar su consecución o hacer la garantía muy onerosa.

Adicionalmente y citando el informe presentado por Asomóvil<sup>1</sup>, se señala que la mezcla de cubrir las obligaciones de pago con las obligaciones de hacer o de cobertura genera garantías con valores asegurados exagerados y no guardan relación con la exposición real del MinTIC frente a sus riesgos, pero si implica un incremento importante en el valor de la prima, así como un sobre costo del valor del espectro, todo esto a cargo de los operadores.

En ese orden de ideas, proponemos que la garantía que va a cubrir las obligaciones de hacer o de cobertura sea igual a la que se solicita en los contratos estatales, para efectos de cubrir los posibles perjuicios y sanciones que eventualmente se le puedan imponer a los operadores, es decir una garantía de cumplimiento que por su naturaleza jurídica es considerada un seguro de daños y está regulada por el principio indemnizatorio consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en el Artículo 1088 del Código de Comercio, en donde el valor asegurado sea igual al 10% del valor total de las mencionadas obligaciones por una vigencia que en ningún caso exceda los 2 años, desde la expedición del acto administrativo. Y en cuanto a las obligaciones pecuniarias, una garantía de cumplimiento que esté

<sup>1</sup> Araujo Abogados; Coljuridica. Evaluación y propuesta de garantías exigidas por MINTIC en las asignaciones de uso del espectro a operadores.

armonizada con el plan de pagos establecido en los actos administrativos y que asegure el 100% de cada uno de estos valores.

La anterior propuesta atiende al principio de eficiencia y efectividad considerando que logra mitigar los riesgos a los cuales se expone la entidad otorgante por cada obligación y al mismo tiempo genera un ahorro para los operadores al tener que pagar menores primas de riesgo. Esta propuesta integrativa se traduce en un estímulo para los operadores a la hora de renovar permiso o participar en nuevas adquisiciones, ya que reduce la carga financiera, genera mayor competencia en el mercado asegurador y se puede traducir en una adjudicación total del espectro en los nuevos procesos, lo que contribuye a la maximización del bienestar social a través del cierre de la brecha digital.

### **El decreto debe fijar un procedimiento automático de verificación de obligaciones pendientes de pago**

Otro punto relevante se refiere a lo establecido en el parágrafo segundo de la presente propuesta de decreto, en donde: “Para tal efecto el Ministerio adelantará las actividades de verificación de la ejecución de las obligaciones de hacer siguiendo los principios de celeridad, economía y eficiencia.”. En este sentido, los actuales procedimientos de verificación de cumplimiento de las obligaciones de hacer, no ha sido efectivo. Solamente para dar ejemplo de esta situación, pese a que ya existen más de 1000 obligaciones de cobertura instaladas y puestas en funcionamiento por TIGO con ocasión de la subasta de 700 MHz del año 2019, a la fecha, ninguna de estas obligaciones ha sido reconocida oficialmente por parte del MinTIC, y por lo tanto su valor no ha podido ser descontado de las respectivas garantías, lo que habla de la urgencia de establecer una metodología de verificación más ágil.

Es así, como urge que el MinTIC, establezca un procedimiento automático, para el reconocimiento de las obligaciones y específicamente, no se requiera la certificación por parte del MinTIC de las obligaciones cumplidas como lo es actualmente. modifique los procesos de reconocimiento de los permisos de uso vigentes, para que, de manera ágil y expedita, los asignatarios puedan optar por reducir los montos de las garantías. Sin este procedimiento, los costos de las garantías continuarán siendo altos.

Para lograr esto, se propone que el cumplimiento de las obligaciones y los valores a deducir puedan ser deducidos del monto de la garantía, mediante un certificado firmado por el Representante Legal y el revisor Fiscal del Operador en el que se señale el cumplimiento de la contraprestación del periodo garantizado. Sin que en perjuicio de lo anterior, el Ministerio pueda adelantar actividades de verificación de la ejecución de las obligaciones de hacer siguiendo los principios de celeridad, economía y eficiencia.

### **Sobre la condición resolutoria**

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, en esta propuesta de decreto, el incumplimiento de las obligaciones le permite al MINTIC resolver el permiso, con base en la condición resolutoria establecida en el mismo, recuperando, de esa manera, el espectro, que de todas maneras puede volver a ser ofrecido por el MinTIC a otros operadores mediante los mecanismos de selección objetiva establecidos en la norma vigente, y dependiendo la definición del segmento, el MinTIC podría recibir hasta el doble del valor del



espectro al cobrar el 100% del valor garantizado más el valor por el cual se subaste de nuevo el espectro. Por lo tanto, dependiendo de la temporalidad del tramo, no tiene sentido asegurar períodos futuros, cuando el recurso aún no se ha utilizado y, en caso de incumplimiento, no se utilizará. Al respecto y según la memoria justificativa realizada en el anterior proyecto de resolución, en seis de los ocho países analizados, no se solicita ningún tipo de garantía, pues se supone que la pérdida de la licencia o permiso cubre el costo de no pagar los montos del espectro. Por lo tanto y dado las características intrínsecas del espectro, el riesgo del MINTIC es mínimo ante un incumplimiento de las obligaciones acordadas.

### El alto costo del Espectro en Colombia

El sobrecosto descrito anteriormente afecta en esencia el precio del espectro, que como lo hemos mencionado en múltiples oportunidades, cuando estos no están ajustados a los valores de mercado, sin duda limita las posibilidades de inversión de los operadores y de igual forma su participación en una eventual subasta de nuevas bandas y con ello, se generarían efectos perjudiciales dentro de la participación y competencia del mercado de telecomunicaciones y un impacto en la economía del país y en el bienestar social, por lo tanto llamamos la atención del MinTIC para que se analice el monto de los precios de espectro.

Al respecto, el último informe presentado por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo-CID de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional<sup>2</sup>, establece que los valores de referencia para el precio del espectro en diferentes bandas, tiene un alto costo comparado con la caída en los ingresos del sector, la dinámica de incremento en la inflación, el deterioro de la tasa de cambio y el comportamiento del precio en otros mercados a nivel mundial y regional. De hecho, se observan aumentos desmedidos de su valor al fijarse un precio de hasta casi 3,6 veces por encima del valor de referencia calculado por el CID, lo cual genera efectos adversos, si se tiene en cuenta que: *“costos menores de espectro hubieran incrementado la cobertura 4G de 71% a 76% de la población para fines del 2019, alcanzando a 2 millones adicionales de colombianos. Además, de haber contado con precios de espectro en la media regional, los consumidores colombianos podrían contar con velocidades de descarga aproximadamente un 40% más rápidas”*.<sup>3</sup>

Por lo anterior, reiteramos nuestro llamado al Ministerio para que se ajusten los precios de espectro a valores de mercado en coherencia con las condiciones macroeconómicas del país, de tal manera que se facilite el aumento de las inversiones por parte de los a efectos de aumentar la cobertura, lo cual redundará en el cierre de la brecha digital, el tránsito hacia la adopción de nuevas tecnologías, y la

<sup>2</sup> Análisis de impacto de condiciones macroeconómicas en la rentabilidad de los servicios móviles en Colombia. CID - Universidad Nacional, 2022.

<sup>3</sup> El impacto de los precios del espectro en Colombia (2021), GSMA. Recuperado de: <https://www.gsma.com/latinamerica/es/resources/el-impacto-de-los-precios-del-espectro-en-colombia/>

apropiación tecnológica, lo que a su vez impactará la economía del país, incluyendo modificaciones al régimen de garantías vigente que aseguren una disminución de los precios de espectro.

## COMENTARIOS ESPECÍFICOS

- **Artículo segundo:**

En el artículo segundo del proyecto de decreto se establece adicionar un nuevo artículo al Decreto 1078 de 2015:

“(…)

ARTÍCULO 2.2.2.4.4. Pago de la contraprestación económica por el uso de espectro en bandas identificadas para servicios IMT y no devolución de sumas de dinero. Una vez expedido el acto administrativo de asignación del permiso de uso del espectro radioeléctrico y, por ende, causada la contraprestación económica de que trata el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009, en ningún caso se eximirá al asignatario de su pago ni habrá lugar a la devolución de las sumas pagadas por el asignatario por los periodos o tiempos no usados por este, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por el uso no eficiente del espectro radioeléctrico.”

**Comentario:** En relación con este artículo llamamos la atención del MinTIC en relación con el hecho de que ya existen disposiciones jurídicas frente al uso ineficiente del espectro, algunas de ellas contenidas en la Ley 1341 de 2009, así como en el Decreto 2044 del 19 de 2013, el cual reglamenta los artículos 12 y 68 de la Ley 1341 de 2009, y en donde se establecen como requisitos para la renovación de permisos de uso del espectro, el haber hecho un uso eficiente del mismo, el cumplimiento de los planes de expansión y la cobertura de redes y servicios, entre otras, conductas que de no cumplirse pueden llevar incluso a que se constituya una inhabilidad para acceder a permisos de uso de espectro.

Aunado lo anterior, al establecer el artículo que no habrá lugar a la devolución de las sumas pagas por el asignatario por los periodos o tiempos no usados por este, podrían configurarse situaciones fácticas contrarias a derecho, por ello consideramos que el artículo debe retirarse o eliminarse del decreto definitivo.

- **Artículo tercero:**

En el artículo tercero del proyecto de decreto se establece:

“(…)

En el caso de los permisos de uso del espectro radioeléctrico de bandas identificadas para servicios IMT, para garantizar el pago de la contraprestación de que trata el artículo 13 de la Ley

1341 de 2009 por la utilización del espectro radioeléctrico, **el Ministerio podrá dividir el amparo de las garantías que debe constituir y presentar el asignatario en varios tramos o periodos consecutivos no inferiores a tres (3) años**, conforme lo determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones en el acto administrativo particular y concreto de asignación del permiso de uso del espectro radioeléctrico. Para los efectos de la definición de la duración precisa de los respectivos tramos, el Ministerio tomará en cuenta criterios de eficiencia, divisibilidad de las obligaciones, compatibilidad de las mismas y la mejor protección de los objetivos del presente decreto. El último tramo de la vigencia del permiso podrá ser inferior a 3 años, únicamente con fines de empatar exactamente con la vigencia total del permiso. (NFT)

**Comentario:** Según lo planteado en la introducción, en este punto solicitamos se aclare que no se pretende modificar con este proyecto el término de la garantía, sino más bien fija un criterio para la modificación del valor a garantizar. Esta aclaración es importante para evitar mala interpretaciones de la norma.

Por otra parte, queremos en primer lugar proponer que los tramos o periodos de divisibilidad no sea mayores a dos (2) años, **dado que el mercado bancario (garantías bancarias) no expiden garantías mayores a dos (2) años independientemente del monto**, por lo tanto, tendríamos como única opción las pólizas de seguro.

Adicionalmente, consideramos que se debe mantener lo establecido sobre el término de constitución de garantías descrita en el numeral 5.5.1, del artículo 5º de la Resolución 917 de 2015, en la cual señalan que: “En caso de que el contrato o el acto administrativo respectivo superen el término de un (1) año, el concesionario o **asignatario podrá constituir las garantías por plazos iguales o superiores a dos (2) años sucesivos y sin solución de continuidad**, evento en el cual, antes del vencimiento de la garantía que se ha expedido por un plazo inferior al de la asignación, licencia, concesión o autorización, el asignatario estará obligado a prorrogarla o a obtener una nueva para el periodo subsiguiente.”

Es así, como es necesario armonizar, los tramos o periodos de divisibilidad del valor a garantizar, con el término de la garantía para que estos sean los mismos. Es decir dos años, y de esta manera generar eficiencias, así como permitir una simplificación del proceso administrativo de verificación que realiza el MinTIC.

Así mismo y teniendo como fundamento las razones expuestas de manera previa en este documento, solicitamos que se tenga en cuenta la posibilidad de la divisibilidad de la garantía de manera que se establezca un valor asegurado independiente para cubrir los riesgos de posibles incumplimientos derivados de las obligaciones dinerarias y otro, distinta, para cubrir a aquellos relacionados con la ejecución de las obligaciones de hacer y/o cobertura, lo anterior, bajo el

entendido de que como se dijo, los riesgos que pueden presentarse en el cumplimiento de cada obligación son disimiles y por ello, para su garantía, deben tenerse consideraciones y fijarse criterios que atiendan dichas características.

Aunando lo anterior, llama la atención que si bien en el proyecto de acto administrativo se abre la posibilidad para que el aseguramiento del riesgo derivado de los permisos que tengan un plazo de vigencia mayor a un (1) año, se realice mediante la constitución de garantías que cubran riesgos **por tramos** del respectivo permiso, renovación, modificación o cesión; consideramos que la propuesta es insuficiente, y por ello, debe la regulación por lo menos contemplar o establecer unos criterios básicos que sirvan al Ministerio como instrumento y a los asignatarios del permiso de uso, renovación, cesión etc., conocer de manera previa las condiciones en que las mencionados tramos serán fijados.

Por lo anterior, consideramos que solo mediante el establecimiento de los mencionados criterios, es como efectivamente el Ministerio podrá garantizar que los tramos a que se hace referencia en el proyecto de resolución se establezcan atendiendo criterios objetivos y que sean aplicables de manera equitativa a todos los asignatario de permisos de uso, y con ello, el cumplimiento de mandatos constitucionales, legales y de los principios que deben orientar el ejercicio de la administración pública, tales como la equidad, igualdad, imparcialidad y publicidad, entre otros.

- **Artículo tercero, parágrafo segundo:**

En el parágrafo segundo del artículo tercero del proyecto de decreto se establece:

“(…)

Parágrafo Segundo: En la medida en que **el Ministerio vaya verificando el pago de la contraprestación** de que trata el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009, ya sea de las sumas líquidas o de la parte que se pague mediante obligaciones de hacer, **el asignatario podrá solicitar al Ministerio que se vaya ajustando el monto de la contraprestación objeto de garantía**, de forma que el asignatario, si lo tiene a bien, pueda reemplazar las garantías vigentes por unas de menor valor -o modificar las existentes-, siempre y cuando las nuevas garantías continúen amparando el 100% del valor de sus obligaciones. El reemplazo o modificación de la garantía por una de menor valor será válido, siempre que la nueva garantía sea suficiente para amparar el 100% del valor de las obligaciones que continúan pendientes de cumplimiento y siempre que la nueva garantía no desmejore en ninguna medida la posición del Estado como beneficiario, en todo aquello diferente o adicional al monto mismo. En cualquier caso, será facultad del Ministerio de las Telecomunicaciones aceptar o no la solicitud de reemplazo de las garantías. Para tal efecto el Ministerio adelantará las actividades de verificación de la ejecución de las obligaciones de hacer siguiendo los principios de celeridad, economía y eficiencia.” (NFT)

**Comentario:** Al respecto, reiteramos nuestro comentario realizado en la parte general de este documento, en el sentido de que consideramos que el Ministerio debe establecer un procedimiento expedito mediante el cual se establezcan los requisitos mínimos, tales como documentos necesarios para acreditar el cumplimiento de la obligación, área encargada de este trámite, tiempos máximos, para garantizar que la autorización que debe ser emitida como requisito para poder realizar los descuentos a que hace referencia la norma, sea emitida en el menor tiempo posible y que garantice el principio administrativo de celeridad. Actualmente, si bien el mecanismo se encuentra contemplado en los actos administrativos de carácter particular de otorgamiento de permiso de uso de espectro, el mismo ha resultado de poca aplicabilidad debido a las dilaciones y demoras injustificadas en el proceso para obtener la autorización por parte del Ministerio para realizar los respectivos descuentos, con lo que se ha restado eficiencia y utilidad al mecanismo y por tanto ha impedido la disminución de los montos a garantizar, incrementando los costos a cargo del operador, a pesar de haber hecho los pagos y cumplido las obligaciones dentro de los plazos otorgados por el MinTIC en el acto administrativo particular de otorgamiento del permiso.

Lo anterior toda vez que, por ejemplo en caso de las obligaciones de cobertura del permiso de uso del espectro de 700MHz, a la fecha Colombia Móvil en su calidad de asignatario de este permiso no ha podido obtener una sola reducción del valor garantizado por concepto del cumplimiento de obligaciones de cobertura, pues dicha reducción está sujeta a la certificación de cumplimiento que se expida considerando acciones conjuntas por parte de las Direcciones de Industria y Vigilancia y control del MinTIC previa verificación de condiciones de operación, la cual resulta demasiado dispendioso y difícil de concertar, más aun sin la participación del operador dentro del proceso.

Para efectos de presentación de la garantía consideramos que el Ministerio debería hacer uso del Sistema de Gestión del Espectro, específicamente el módulo de pólizas, cuya puesta en marcha podrá beneficiar y facilitar el proceso de presentación y aprobación de este tipo de documentos, así como la transparencia del proceso toda vez que es de consulta abierta tanto para el Ministerio, la interventoría y los operadores y con ello dar cumplimiento a los objetivos del Gobierno Digital.

Respecto a este párrafo resulta importante se especifique en el presente decreto que la garantía puede presentarse en medio digital por parte de los operadores, a través de los canales o correos autorizados por el MinTIC para tal fin.

Por otra parte, debe estipularse un término el cual sugerimos sea de 1 mes para la verificación del cumplimiento de la contraprestación económica, y para la aprobación por parte del ministerio, a partir de que, el operador presente la misma o subsane lo que se haya requerido, lo cual, permitirá un procedimiento más expedito para la aprobación de pólizas.

Adicionalmente, solicitamos que el párrafo sea más específico y aclare el alcance del apartado que dice: “siempre que la nueva garantía sea suficiente **para amparar el 100% del valor de las obligaciones que continúan pendientes de cumplimiento**” por lo que proponemos las siguientes modificaciones:

*Parágrafo Segundo: En la medida en que el Ministerio vaya verificando el pago de la contraprestación de que trata el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009, ya sea de las sumas líquidas o de la parte que se pague mediante obligaciones de hacer, el asignatario podrá solicitar al Ministerio que se vaya ajustando el monto de la contraprestación objeto de garantía, de forma que el asignatario, si lo tiene a bien, pueda reemplazar las garantías vigentes por unas de menor valor -o modificar las existentes, siempre y cuando las nuevas garantías continúen amparando el 100% del valor de sus obligaciones **del tramo o periodo garantizado**. El reemplazo o modificación de la garantía por una de menor valor será válido, siempre que la nueva garantía sea suficiente para amparar el 100% del valor de las obligaciones que continúan pendientes de cumplimiento **del periodo garantizado** y siempre que la nueva garantía no desmejore en ninguna medida la posición del Estado como beneficiario, en todo aquello diferente o adicional al monto mismo. En cualquier caso, será facultad del Ministerio de las Telecomunicaciones aceptar o no la solicitud de reemplazo de las garantías.*

*Para tal efecto el Ministerio **solicitará un certificado firmado por el Representante Legal y el revisor Fiscal del Operador en el que se señale el cumplimiento de la contraprestación del periodo garantizado**. Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio se reserva la facultad de adelantar actividades de verificación de la ejecución de las obligaciones de hacer siguiendo los principios de celeridad, economía y eficiencia.*

*En el caso que el operador asignatario haya realizado el primer pago de la contraprestación económica antes del plazo establecido para la constitución de la garantía de cumplimiento, podrá descontar automáticamente dicho valor del valor a total a garantizar.*

Con la anterior propuesta, se pretende que el valor modificado por el cumplimiento de la contraprestación sea para cada tramo constituido. A manera de ejemplo, supongamos que el permiso se ha dividido en 10 tramos, cada tramo por un valor de \$200. Ahora bien, en el año 0 se constituye una garantía para el primer tramo de \$200, es decir una garantía que cubra el 100% de este valor, de \$200. Supongamos, que el asignatario realiza un pago por valor de \$100, el ministerio realiza la debida verificación, y se procede a realizar la modificación, obteniendo una vez realizado el pago, una garantía que cubra el 100% del valor restante, \$100, por el tiempo restante del tramo. Esto sin afectar ni los tiempos de presentación de la garantía, ni el monto del siguiente tramo, el cual deberá cubrir el 100% del valor. Es decir, se constituirá nuevamente una garantía que cubra el 100% del valor del siguiente tramo, que en este caso será de \$200.

#### Artículo 4. Vigencia y Adición



“ARTÍCULO 4°. Vigencia y adición. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.”

**Comentario:** Respecto de este artículo solicitamos que se incluya el artículo a título de “Derogatoria y Vigencias”, y se establezca de manera expresa que con la expedición de este decreto se derogan todas las disposiciones de la Resolución 917 de 2015 y sus modificaciones, respecto de las disposiciones que resulten contrarias.

Aunado lo anterior, y en relación con la vigencia del decreto, si bien debe mantenerse lo establecido en cuanto a que “El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial”, consideramos fundamental que en cumplimiento de los principios de igualdad, equidad y favorabilidad y con “el imperativo constitucional de allanar situaciones de desigualdad incompatibles con los postulados del estado social de derecho”<sup>1</sup>, de tal forma, que las mismas condiciones, en caso de ser favorables, y en aplicación de la retrospectividad de la ley, le apliquen no sólo a aquellos operadores que con posterioridad a la expedición de la norma tramiten las renovaciones de sus permisos de uso de espectro, sino también a aquellos que ya tengan permisos de uso de espectro vigentes, con lo cual se garantizará, entre otros, la competencia en el sector y que se presenten situaciones inequitativas y discriminatorias, resulta imperativo que en el documento final de decreto, el Ministerio establezca de manera explícita, la posibilidad de que una vez se encuentre vigente el mismo, se de la posibilidad de que se modifiquen los actos administrativos de carácter particular en relación con las garantías constituidas, expedidas y aprobadas o en proceso de expedición y presentación, a efectos de que se aplique la nueva normatividad cuando esta resulte favorable, previa solicitud del correspondiente titular del permiso, aclarando que mediante dichas modificaciones no podrán alterarse y/o modificarse las condiciones de situaciones jurídicas ya consolidadas en ejercicio de los mencionados permisos previa expedición de la nueva regulación.

Lo anterior, en aplicación de la retrospectividad de las normas, la cual de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional se presenta”, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a

normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso”<sup>2</sup>

Por ello, se propone la inclusión de un párrafo general en el siguiente tenor:

*Parágrafo: Para los permisos de uso de espectro vigentes, el asignatario tendrá la posibilidad de acogerse a este nuevo régimen y se entenderá acogido desde el momento en el que radique su solicitud escrita en el Ministerio. Para el caso de los permisos de uso de espectro vigentes, cuyas garantías deban constituirse en último trimestre del año 2023, se otorgará al asignatario un plazo adicional de 30 días hábiles para el cumplimiento de esta obligación, los cuales empezarán a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación del presente decreto en el diario oficial.*

En los anteriores términos ponemos a consideración del Ministerio nuestros comentarios al proyecto de resolución esperando que los mismos sean tenidos en cuenta y analizados previa la expedición del acto administrativo definitivo.

Cordialmente,



**IVÁN MANTILLA PINILLA**

Gerente de Asuntos Regulatorios

Vicepresidencia de Asuntos Corporativos