

Bogotá D.C., octubre 16 de 2019

Señora Ministra

SYLVIA CONSTAÍN RENGIFO

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIONES

Edificio Murillo Toro

Carrera 8a entre calles 12 y 13 Edificio Murillo Toro

gobiernodigital@mintic.gov.co

Bogotá

ASUNTO: Observaciones al proyecto de decreto que reglamenta obligaciones de hacer de los proveedores de telecomunicaciones.

Respetada señora Ministra:

Agradecemos de antemano la publicación de este proyecto que reglamenta las obligaciones de hacer, de que tratan las Leyes 1955 de 2018 y 1978 de 2019, que constituyen un instrumento esencial para llevar la conectividad a la población pobre y vulnerable, zonas apartadas, e instituciones oficiales como bibliotecas, escuelas y centros de salud del país, entre otros. En este sentido consideramos vital que los mecanismos y procedimientos para la formulación, presentación, autorización, ejecución, cuantificación y verificación de las obligaciones de hacer sean lo más simple y ágiles posibles, de tal forma que los operadores tengan la posibilidad de desarrollar una buena cantidad de proyectos bajo esta modalidad y de esta forma, lograr el objetivo planteado por el MINTIC de mejorar la cobertura en el país.

En este sentido, es fundamental que la reglamentación se concentre en dos objetivos:

- (i) Hacer más expedito el procedimiento para la aprobación, y contemplar plazos en cada una de las etapas que corresponda.
- (ii) Lograr mayor certidumbre para favorecer las inversiones de CAPEX y OPEX asociados a los mismos.
- (iii) Disponer la posibilidad de combinación con otros mecanismos de desarrollo de infraestructura traídos por la ley 1978 de 2019, entre ellos mecanismos como app, obras por impuestos con combinación de recursos público privados y haciendo uso de los recursos situados en el FONTIC.

Para estos efectos, remitimos comentarios sobre los elementos clave que consideramos debe considerar dicha reglamentación, retomando los realizados a propósito del Plan TIC y en el Conversatorio Asomóvil- ASIET celebrado el pasado 11 de octubre de 2019:

En primer lugar, consideramos que el MinTIC debe migrar hacia un reglamento que simplifique el procedimiento de aprobación de las obligaciones de hacer, con un esquema armonizado o que permita determinar valoraciones adecuadas de costos de CAPEX y OPEX, lo que simplificará la determinación de las obligaciones a cumplir y los rangos de valores a reconocer. Al mismo tiempo se pueden utilizar como soporte de cumplimiento, listas de verificación y simplificar los mecanismos para la aprobación de costos (drivers financieros, certificaciones por los proveedores, entre otros).

Es vital también que se precise que las obligaciones de hacer se pueden utilizar en centros urbanos para atender a población pobre y vulnerable, posibilidad que brinda la ley, y que puede convertirse en la palanca e incentivo fundamental para que los 44 municipios críticos identificados por Asomóvil¹, eliminen las barreras al despliegue que aún mantienen.

Para garantizar la certidumbre jurídica, también recomendamos que se definan previamente variables esenciales en los criterios de cuantificación de las obligaciones de hacer y su cumplimiento, tales como situaciones ajenas a la voluntad del proveedor, imprevistos, circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito, sobre costos, entre otros.

También es vital que se estudie y ponga en consideración del sector, de manera concomitante el proyecto de resolución referente a la metodología y procedimiento para la formulación, presentación, autorización, ejecución, cuantificación y verificación de las obligaciones de hacer (numeral 12 del artículo 2.2.15.2 del proyecto del Decreto), en el que se incluya el procedimiento a surtir al interior del MINTIC, en tanto debe conocerse por los interesados la totalidad de las condiciones a tener en cuenta en la presentación y estructuración de los proyectos de obligaciones de hacer.

1. Artículo 2.2.15.1 – Objeto

Frente a este artículo proponemos que se precise que las obligaciones de hacer aplican para la ampliación de la calidad, capacidad y cobertura, y para atender población pobre y vulnerable, ya sea en centros urbanos como en zonas apartadas. Así mismo para llevar servicios a escuelas, centros de salud, bibliotecas públicas, entre otros, acorde con las finalidades dispuestas en las Leyes 1955 de 2018 (Plan Nacional de Desarrollo – PND) y 1978 de 2019², previamente citadas.

¹ Lista municipios priorizados: Ipiales, Palmira, Tunja, Envigado, Ciénaga, Floridablanca, Quibdó, Armenia, Barrancabermeja, Barranquilla, Cajicá, Cali, Ibagué, Itagüí, Montería, Neiva, Pasto, Sincelejo, Tocancipá, Valledupar, Cartagena, San Andrés Islas, Soledad, Villavicencio, Bogotá, Sincelejo, Cúcuta, Girón, Piedecuesta, Soacha, Chía, Zipaquirá, Fusagasuga, Santa Martha, Bucaramanga, Los Patios, Puerto Colombia, Jamundí, Villa de Rosario.

² El inciso 2 del artículo 13 dispone: *“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 60% 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 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*

En el mismo sentido, y considerando que el artículo 194 del PND establece que *“El MinTIC implementará iniciativas de estímulo a la oferta y a la demanda de servicios de telecomunicaciones en beneficio de la población pobre y vulnerable, **incluyendo el fomento al despliegue de redes de acceso y expansión de cobertura, así como subsidios o subvenciones para la prestación de los servicios o el suministro de terminales, entre otros.** (...)”* (NFT), consideramos que debe adicionarse en el objeto de las obligaciones de hacer, que los proyectos pueden incluir propuestas de subsidios o subvenciones para la prestación de los servicios.

Por otro lado, consideramos que debe dejarse claridad, en cuanto a las contraprestaciones de las cuales se puede descontar el valor de la obligación de hacer. Por ello es necesario agregar que, de la contraprestación periódica que hoy pagan los proveedores de redes y servicios, también pueden descontarse dichas obligaciones. Adicionalmente el artículo debe indicar que la contraprestación por el uso del espectro radio eléctrico, puede ser la que fije el MINTIC en los diferentes permisos y en los pagos periódicos que se realice por el uso de este.

Adicionalmente las obligaciones de hacer deberían conjugarse con otro mecanismo de impulso a la infraestructura dispuesto en el artículo 31 de la ley 1978, y con dicha finalidad promocionar el despliegue en zonas apartadas o remotas del país. En dicho sentido podría brindarse un estímulo adicional para los operadores que desplieguen en zonas consideradas como tal, consistente en dar un mayor índice de descuento de la contraprestación que se paga.

2. Artículo 2.2.15.2 – Responsabilidad para la formulación, presentación, autorización, ejecución, cuantificación y verificación de las obligaciones de hacer.

Respecto al numeral 3 de este artículo y con miras a facilitar los estudios económicos, recomendamos incluir que el MINTIC podrá mediante resolución, definir tipologías de sitios acorde a las particularidades de los municipios y población a atender tales como: estrato socioeconómico, poblaciones, posibles implicaciones ambientales, topes de inversión (CAPEX y OPEX) entre otras, con miras a armonizar los parámetros y facilitar la aprobación de los proyectos en forma más ágil, lo que a su vez puede servir de base para los procesos de verificación e interventoría sobre los mismos. Para la determinación de estas tipologías, se recomienda abrir unas mesas de trabajo con cada uno de los proveedores.

Se recomienda simplificar la metodología de aprobación de los proyectos, con listas de verificación que faciliten dicha labor.

Respeto al numeral 4, se recomienda establecer la presentación de informes indicativos del cumplimiento de las obligaciones, y que se compaginen con la periodicidad de los informes que deben presentarse acorde con el parágrafo 1 del Artículo 13 de la citada Ley 1978 de 2019, que hace referencia a informes anuales por parte de los proveedores.

emergencias. Las inversiones a realizar serán determinadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

Es muy importante que los indicadores de calidad sean únicamente de carácter informativo, sin establecer valores objetivo, a efectos de cumplir con la finalidad de las obligaciones de hacer, cual es, la de mejorar cobertura en zonas rurales apartadas de baja densidad. Otra posibilidad es que los municipios que no estén incluidos en el listado de la Resolución CRC 5321 de 2018 y cuenten con localidades susceptibles de desarrollar obligaciones de hacer, sean incluidos en el mencionado listado.

Respecto del numeral 5, para el establecimiento de los topes o valores máximos, es necesario que se consideren las situaciones particulares de cada proyecto. Condiciones generales del mercado, no son aplicables a todas las zonas del país, ni a proyectos específicos.

En el numeral 7, especificar si se trata de supervisión a cargo del MINTIC o del PRST. En este último caso, se solicita que los gastos asociados a estas verificaciones sean reconocidos dentro de los costos del proyecto.

En el numeral 8 del citado artículo, proponemos que se considere la inclusión de los proyectos de inversión del Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional -BPIN, que es una metodología que ya se aplica en el gobierno y que cuenta con lineamientos precisos para su definición. Otra alternativa que proponemos es la constitución de un Banco de Proyectos de Obligaciones de Hacer, en el que se puedan consultar las ofertas oficiosas de interés del MINTIC, con proyectos predefinidos con la mayoría de las variables analizadas, de tal forma que estén pre-aprobados y el operador solo necesite aplicar a alguno de ellos para iniciar su implementación

En relación con el numeral 9, consideramos importante que se definan los tiempos y procedimientos del reconocimiento económico. Este numeral, menciona que la cuantificación se hace de acuerdo con lo estimado en el acto de autorización, así como en los documentos que evidencien las inversiones, costos de operación y mantenimiento efectivamente realizados por el ejecutor de la obligación de hacer.

En relación con los documentos que evidencien las inversiones efectivamente realizadas por el ejecutor, estas se podrán demostrar una vez se haya implementado la solución propuesta, sin embargo, los costos de operación y mantenimiento son costos recurrentes, a los cuales se les debería establecer una periodicidad (trimestral, semestral) dentro de la vigencia del permiso, para que se presente las evidencias y se haga el respectivo reconocimiento.

El MINTIC debe dar claridad sobre las condiciones de reconocimiento del OPEX, las cuales, una vez aprobado el proyecto, no deben estar sujetas a ningún tipo de tope. El mismo debe mantenerse sobre la vigencia del permiso, incluida su renovación. Lo anterior, bajo el entendido que cuando se finaliza la obligación, el titular de la inversión sigue siendo el operador.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que los gastos de OPEX no siempre pueden ser presentados por sitio, se solicita que se puedan presentar soportes de costos globales y de donde se pueda discriminar los costos asociados al proyecto; los cuales estarán sujetos a verificación por parte del MINTIC.

Por otro lado, y también en relación con este numeral, consideramos que debe considerarse un valor

de costos imprevistos atendiendo a las novedades que puedan impactar los proyectos, tales como situaciones de fuerza mayor, caso fortuito, orden público, carencia o fallas de servicios soporte (energía, transmisión), condiciones insuficientes de accesibilidad o transporte, sobrecostos, entre otros. Lo anterior, por cuanto existen riesgos en la ejecución del proyecto que deben considerarse de antemano, y para los cuales no será factible presentar soportes de estas eventualidades que sólo se tendrán al momento de su ocurrencia.

3. Artículo 2.2.15.3. Oferta oficiosa de proyectos para ejecución de obligaciones de hacer

Consideramos que no debe limitarse estos proyectos a ampliación del acceso y servicio universal a los servicios de telecomunicaciones, sino que debe establecerse que también aplican para ampliación de la calidad capacidad y cobertura, atender población pobre y vulnerable, ya sea en centros urbanos como en zonas apartadas, y llevar servicios a escuelas, centros de salud, bibliotecas públicas, entre otros. Así mismo, los proyectos pueden incluir subsidios o subvenciones para los servicios, conforme el comentario realizado en el numeral 1 de este documento.

Es necesario que exista un proceso expedito para la aprobación de este tipo de proyectos.

A su vez, las tipologías de sitios, y costos de CAPEX y OPEX de referencia, permitirán que los proyectos que se ofrezcan por el MINTIC, estén ajustados a las realidades de operación en Colombia, facilitando que los proveedores se presenten a este tipo de proyectos.

4. Artículos 2.2.15.4 – Presentación de proyectos para le ejecución de obligaciones de hacer y 2.2.15.5 – Autorización de la ejecución de obligaciones de hacer

Este artículo señala de manera muy general el proceso de aprobación del proyecto de obligaciones de hacer, eliminando los tiempos que contenía el Decreto 054 de 2016, los cuales aunque no se cumplían generaban cierto grado de certeza sobre los tiempos que podría tomar la aprobación del proyecto, así las cosas, al no establecer plazos ni términos en cada etapa de aprobación la incertidumbre aumenta y no existen condiciones de seguridad jurídica que permitan una adecuada planeación y estructuración de los proyectos.

- **Presentación de estudios ambientales**

Es importante que el proyecto del Decreto no incluya más requisitos de los necesarios para la aprobación de los proyectos, por lo cual consideramos que debe reevaluarse la exigencia de presentación de estudios ambientales.

Los permisos ambientales se exigirán por la autoridad ambiental, en caso de ser necesario, por lo cual no tiene sentido que se incluya como un requisito previo para la presentación del proyecto.

- **Cronograma de ejecución del proyecto**

Consideramos que un año es un periodo de tiempo muy corto para implementar un proyecto, toda vez que el tiempo de despliegue está asociado a la cantidad de sitios que se proponga instalar y a su complejidad, por lo tanto, incluir un periodo de tiempo fijo para el despliegue no es apropiado. En este sentido, ya que los permisos para el uso del espectro radioeléctrico se otorgan por un mínimo de 10 años, así como la ejecución de las posibles obligaciones, se solicita que la fase de inversión no sea sometida a un plazo tan corto y este tiempo sea relativo a la duración del proyecto o duración del permiso; por lo que la fase de inversión debe poder ejecutarse durante la primera mitad del tiempo que dure el proyecto.

Adicionalmente, la redacción en cuanto a plazo de implementación y plazo total no es clara.

- **Soportes documentales de los costos de operación**

Respecto al artículo 2.2.15.4 en concordancia con el artículo 2.2.15.8 del proyecto del Decreto, sobre cuantificación de obligaciones de hacer, reiteramos la solicitud en el sentido de flexibilizar la presentación de soportes para costos de operación y mantenimiento, atendiendo a que, para este tipo de actividades los proveedores normalmente realizan negociaciones por volumen y con mecanismos que impiden la desagregación detallada de la infraestructura. Por lo anterior, se solicita que se permita la aplicación de mecanismos financieros como drivers o porcentajes de participación, que permitan la justificación efectiva de los valores de OPEX, los cuales pueden ser certificados por el Director Financiero, Representante Legal o el Revisor Fiscal de los proveedores.

En el mismo sentido, consideramos que es menester simplificar la documentación soporte, toda vez que la implementación de las obligaciones de hacer, generalmente se realizan en sitios alejados de difícil acceso que requieren de la contratación de servicios informales que no cuentan con soportes tradicionales y que si puede llegar a ser montos elevados.. Un ejemplo, que se presenta con bastante frecuencia, es el de servicios de transporte de material y de personal, donde en muchas ocasiones se requiere alquilar caballos, mulas, lanchas, vehículos 4x4 locales entre otros.

Se solicita que para las referencias del precio de mercado no se utilicen los valores del portal Colombia Compra Eficiente, porque estos corresponden a valores de compras mayoristas con especificaciones predefinidas, que en la mayoría de los casos no se ajustan a estos proyectos tan específicos como las obligaciones de hacer.

Finalmente, es pertinente que en el artículo 2.2.15.4, que hace alusión al procedimiento para la presentación de las obligaciones de hacer, se incluya un plazo para que el MINTIC revise y se pronuncie sobre los proyectos presentados por los proveedores, durante el cual podrá solicitar información adicional, autorizar o rechazar, con lo cual se otorgará certeza sobre el proceso y la validez del proyecto.

- **Autorización de la ejecución de obligaciones de hacer**

Consideramos pertinente, que en el artículo 2.2.15.5, sobre el procedimiento para la autorización de la ejecución de obligaciones de hacer, se incluya un plazo pertinente para que el MINTIC apruebe

o rechace los proyectos presentados por los proveedores y para la desagregación del valor aprobado en CAPEX y OPEX.

Adicionalmente solicitamos se aclare cuál es el alcance de lo establecido en este artículo, ya que se está impidiendo la posibilidad de solicitar modificaciones en cuanto a las obligaciones asignadas, por ejemplo, en los casos en los que se proponen nuevas localidades (en el caso de cobertura) que cumplan con las mismas características de maximización del bienestar. Lo anterior teniendo en cuenta que hay lugares donde no se puede acceder por motivos de fuerza mayor, caso fortuito, orden público, entre otros.

Por otro lado, siendo las Garantías y Pólizas requisito y parte fundamental durante la ejecución del proyecto, se solicita al MINTIC que estas sean reconocidas como gastos del mismo, indicando cuál sería el plan de reconocimiento durante el tiempo que dure la obligación de hacer.

De otro lado, en relación con los intereses de mora, consideramos que se deben aclarar los casos específicos en los que aplica el cobro de los mismos, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el Código Civil, estos solo se pueden cobrar cuando efectivamente hay un retraso en el pago de una obligación. En caso de persistir este cobro de intereses de mora debe ser específico en el Decreto cual será la tasa de dichos intereses.

Adicionalmente, surgen algunas dudas respecto de la aplicación de este artículo así: ¿El valor de la contraprestación pagado en dinero aplicaría en caso de que no se pueda ejecutar la obligación de hacer? Si existen garantías previstas para la ejecución del proyecto ¿en qué casos aplicaría el pago de intereses de mora?

5. Artículo 2.2.15.6 – Responsabilidad de los ejecutores de las obligaciones de hacer

El artículo 2.2.15.6 del borrador de Decreto, establece que las obligaciones de hacer se ejecutan por cuenta y riesgo de los asignatarios de permisos de uso del espectro radioeléctrico, y que por tanto no se reconocerán valores o costos que superen el valor máximo indicado en el acto de autorización de la ejecución de la obligación de hacer.

Acorde con los comentarios anteriores, no pueden pasarse por alto que hay novedades que pueden afectar los proyectos, por lo cual se sugiere considerar estas eventualidades y riesgos en el proyecto, situaciones que no pueden imputarse en forma exclusiva al proveedor.

Consideramos además que en este artículo se debe especificar que, en el evento de cancelación o terminación del permiso de uso de espectro, al cual están asociadas las obligaciones de hacer, también se suspenderá el compromiso de las obligaciones de hacer que se encuentren pendientes.

Por último, que se debe entender que el valor máximo indicado por el MINTIC, no debe ser estándar y deberá ajustarse a la magnitud del proyecto presentado por el PRST.

Por otra parte, en virtud del principio de publicidad, se solicita sea considerada la posibilidad de definir una herramienta que permita a los operadores conocer el estado y avance el proceso de revisión, evaluación y aprobación del proyecto por parte del Ministerio.

6. Artículo 2.2.15.8. Cuantificación de obligaciones de hacer

En relación con este artículo, reiteramos la necesidad de definir dentro de la reglamentación los tiempos y procedimientos para el reconocimiento económico, s la necesidad de utilizar mecanismos que faciliten la aprobación de proyectos, tales como tipologías de sitios, utilización de drivers o métodos para cálculo de OPEX, listas de verificación, que permitirán disminuir la presentación de soportes documentales dispendiosos que demoran la aprobación de los proyectos. Esta solicitud va encaminada a simplificar y flexibilizar los procesos de aprobación y verificación, lo que redundará en menores cargas administrativas para los proveedores y el MINTIC y mayor agilidad en la aprobación de los proyectos.

7. Artículo 2.2.15.9 – Vigilancia y Control

Solicitamos reevaluar en qué escenarios se considera que se generará incumplimiento de la obligación de hacer. Tener presente que las situaciones definidas en el artículo pueden llevar a confusión, por ejemplo: (i) la no entrega de todos los soportes, no constituye en sí mismo un incumplimiento del proyecto correspondiente a las obligaciones de hacer; (ii) la no ejecución de la totalidad de los recursos puede obedecer a eficiencia en costos y no necesariamente a un incumplimiento del proyecto.

A la espera de que los anteriores comentarios sirvan de insumo para que el procedimiento de aprobación y verificación de obligaciones de hacer sea más eficiente y contribuya a la presentación de proyectos que permitan alcanzar las metas de penetración definidas por el gobierno nacional.

Cordial saludo,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "SH-M", with a horizontal line extending to the right.

SAMUEL HOYOS MEJÍA

Presidente