



Bogotá, octubre 16 de 2019

Señora Ministra

**SYLVIA CONSTAIN**

Ministerio de Tecnologías de la Información y la Comunicaciones

[gobiernodigital@mintic.gov.co](mailto:gobiernodigital@mintic.gov.co)

Carrera 8a entre calles 12 y 13 Edificio Murillo Toro

Bogotá

**ASUNTO:** Comentarios al borrador del decreto que reglamenta obligaciones de hacer de los operadores de telecomunicaciones.

Respetada Ministra Constain:

En atención a la publicación para comentarios del borrador de Decreto que reglamenta los programas de obligaciones de hacer, nos permitimos resaltar la importancia que el mismo reviste para el sector, por tratarse de un mecanismo eficiente para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones que benefician a la población pobre, vulnerable, en zonas rurales y apartadas, así como a instituciones oficiales como bibliotecas, escuelas y centros de salud entre otros; razón por la cual nos permitimos presentar los siguientes comentarios:

## **I. COMENTARIOS ESPECIFICOS A LA PROPUESTA DE ACTO ADMINISTRATIVO**

El documento publicado desarrolla algunos aspectos generales sobre los proyectos de obligaciones de hacer; sin embargo, consideramos necesario que se publique de manera concomitante con el proyecto de Decreto objeto de estudio, el borrador de Resolución al que hace referencia el numeral 12 del artículo 2.2.15.2, que definirá la metodología y procedimiento para la formulación, presentación, autorización, ejecución, cuantificación y verificación de las obligaciones de hacer, la cual entendemos incluye el procedimiento a surtir al interior del MINTIC.

Es fundamental para los interesados, conocer el panorama completo de las condiciones que enmarcan la presentación, valoración y aprobación de proyectos de obligaciones de hacer, con el fin de tener certeza respecto de los requisitos para poder estructurar y presentar prontamente proyectos con esta finalidad.

### **1. Comentarios al Artículo 2.2.15.1 – Objeto**

Si bien en los considerandos del borrador objeto de estudio, se incluye lo dispuesto en los artículos 310 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo) y la Ley 1978 de 2019 (Ley Modernización



sector TIC), respecto al alcance y los destinatarios de los proyectos de obligaciones de hacer. No sucede lo mismo, en el artículo que hace referencia al objeto en el proyecto de Decreto, por cuanto solamente hace referencia a proyectos que permitan masificar el acceso y servicio universal y omite lo dispuesto en el PND y en la Ley de Modernización, que contempla conceptos tales como i) ampliar la calidad, capacidad y cobertura ii) población pobre y vulnerable en zonas apartadas, escuelas, centros de salud, bibliotecas públicas entre otros.

Es por esto, que sugerimos la siguiente redacción de artículo:

***“Artículo 2.2.15.1. Objeto. La presente sección reglamenta las condiciones para la formulación, presentación, autorización, ejecución, cuantificación y verificación de las obligaciones de hacer que deberán ejecutarse mediante proyectos que permitan masificar el acceso y servicio universal, así mismo ampliar la calidad, capacidad y cobertura a los servicios de telecomunicaciones en todo el territorio nacional, 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, bibliotecas públicas e instituciones educativas, así como prestar redes de emergencias, como mecanismo de pago de la contraprestación económica por el uso del espectro radioeléctrico y la contraprestación periódica a cargo de los operadores de servicios postales, así como del pago del valor para su inscripción en el Registro de Operadores Postales o para renovar su inscripción.”***

De igual manera, el artículo 194 del PND establece en su numeral quinto lo siguiente:

***“(…) 5. 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)***

En virtud de lo expuesto, sugerimos que se adicioné dentro del objeto de las obligaciones de hacer, los proyectos que se estructuren con el fin de estimular la oferta y demanda de servicios mediante subsidios o subvenciones para la prestación de servicios.

## **2. Comentarios al artículo 2.2.15.2 – Responsabilidad para la formulación, presentación, autorización, ejecución, cuantificación y verificación de las obligaciones de hacer.**

En el numeral octavo del citado artículo, se establece que una de las responsabilidades del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la formulación, presentación, autorización, ejecución, cuantificación y verificación de las obligaciones de hacer, es la de elaborar la metodología





y procedimientos para la formulación, presentación, aprobación, cuantificación y verificación de las obligaciones de hacer. Frente a este punto recomendamos, en aras de tener mayor precisión en la metodología a aplicar, que se pueda usar la metodología del DNP para la inclusión de los proyectos de inversión del Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional -BPIN. Así las cosas, consideramos que debe ajustarse la redacción en el siguiente sentido:

*"8. Elaborar la metodología y procedimientos para la formulación, presentación, aprobación, cuantificación y verificación de las obligaciones de hacer. En todo caso, podrá usarse la metodología que utiliza el DNP para la inclusión de los proyectos de inversión del BPIN."*

Adicionalmente recomendamos que, en aras de la transparencia, en el artículo 2.2.15.2, se establezca como responsabilidad del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la constitución de un Banco de Proyectos de Obligaciones de Hacer, en el que se pueda ver cuáles son las ofertas oficiosas vigentes.

### **3. Comentarios a los 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**

- **Presentación de estudios ambientales**

Dentro de los artículos 2.2.15.4 y 2.2.15.5 del borrador de Decreto, se establece que las propuestas para la ejecución de las obligaciones de hacer, deben estar acompañadas, entre otros requisitos, de estudios ambientales.

Frente a este punto, consideramos que debe revisarse la necesidad de la exigencia de este requisito, o en su lugar precisarse a qué se hace referencia con el mismo. Lo anterior, considerando que, en caso de ser procedente, debe ser la autoridad administrativa ambiental quien definirá la necesidad de contar o no con este tipo de estudios.

En consideración de lo anterior, solicitamos que se retire del proyecto el requisito de estudios ambientales, ya que la autoridad administrativa ambiental, en el marco de sus funciones será la que defina los mismos, en el caso de ser requeridos, por lo que no es necesario que se imponga un requisito que ya es exigido por otra autoridad.

- **Cronograma de ejecución del proyecto**

En el numeral cuarto del artículo 2.2.15.4, se señala que la fase de inversión e inicio de la implementación no podrá exceder de un (1) año, frente a lo cual solicitamos que dicho plazo pueda ser prorrogado, hasta por seis (6) meses, dado que si el objetivo de las obligaciones de hacer es beneficiar a la población pobre, vulnerable, en zonas rurales y apartadas, debe tenerse en cuenta que



dichas zonas, en su mayoría, son de difícil acceso, en muchas de ellas, como sucede con algunos proyectos actuales, debe llegarse en vuelo chárter, para después tomar un transporte fluvial y luego un extenso camino cargando los equipos a lomo de mula; lo anterior, sin dejar de lado que en dichas zonas es recurrente que se presenten hechos ajenos al operador, como afectaciones del orden público, ausencia de energía comercial y/o cortes frecuentes en el fluido de energía eléctrica, hurtos o daños a la infraestructura instalada, lo cual incide directamente en el cumplimiento de los plazos establecidos.

Igualmente, implica que para la ejecución del proyecto, se requiera contar con predios, ya sea mediante arriendo o compra, cuyas negociaciones, en sectores rurales y apartados no son sencillas y puedan tomar varios meses. En el mismo sentido, debido a las condiciones de estas zonas, es necesario que se tenga en cuenta, el tiempo de expedición de los permisos locales, permisos de aeronáutica y demás autorizaciones necesarias, que demandan un tiempo considerable e inciden en el plazo de ejecución mencionado.

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

El numeral quinto de del artículo 2.2.15.4, establece lo siguiente:

***"5. El valor del proyecto con la desagregación de todas las inversiones necesarias, incluyendo, pero sin limitarse a, los costos de inversión, administración, operación y mantenimiento en que incurrirá; con la indicación de la fuente de financiación de cada uno de esos valores.***

*Deberá detallarse el monto que se propone sea reconocido como pago de la contraprestación económica por el uso del espectro radioeléctrico o como pago de la contraprestación periódica a cargo de los operadores de servicios postales o pago del valor para su inscripción en el Registro de Operadores Postales o para renovar su inscripción. Cada uno de los ítems que componen la determinación del valor a reconocerse mediante la ejecución de la obligación de hacer deberá contar con soportes documentales que permitan determinar su razonabilidad y precio de mercado."*

Por su parte, el artículo 2.2.15.8, dispone:

***"Artículo 2.2.15.8. Cuantificación de las Obligaciones de Hacer. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a través de la Dirección de Promoción de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, efectuará la cuantificación de las inversiones realizadas mediante obligaciones de hacer de acuerdo con los costos y soportes que fundamentan el acto de autorización de la ejecución de la obligación de hacer y los documentos que evidencien las***





*inversiones, costos de operación y mantenimiento efectivamente realizados por el ejecutor de la obligación de hacer.*

*La cuantificación de las inversiones a reconocer, asociadas al cumplimiento de las obligaciones de hacer, se hará de acuerdo con la metodología de que trata el numeral 12 del artículo 2.2.15.2. del presente Decreto y tendrá en cuenta todos los documentos que soportan el acto administrativo que autoriza la obligación de hacer, toda la información y soportes administrativos, jurídicos, técnicos, financieros, fiscales y contables, que le sean requeridos al ejecutor de la obligación de hacer, dentro del término establecido y de acuerdo con el cronograma aprobado, y todos los documentos que hacen parte de la formulación del proyecto. Los documentos que no sean aportados oportunamente por el ejecutor de la obligación de hacer no serán considerados para efectos de realizar la cuantificación de las inversiones realizadas mediante la obligación de hacer."*

Frente a estos artículos en particular, se llama la atención sobre los costos de operación y mantenimiento (O&M), en el sentido que los PRSTM para adelantar este tipo de labores, incluyen los proyectos adelantados bajo la modalidad de obligaciones de hacer, en contratos marco globales (para todo el país o para una región del mismo) lo cual impide contar con el costo unitario asociado a un proyecto específico. Por ejemplo, luego de la instalación y puesta en funcionamiento de una Estación Base bajo la modalidad de obligaciones de hacer, la misma es incorporada en un contrato de O&M que abarca miles de estaciones base adicionales, con lo cual se presenta la dificultad de contar con valores desagregados para una sola unidad.

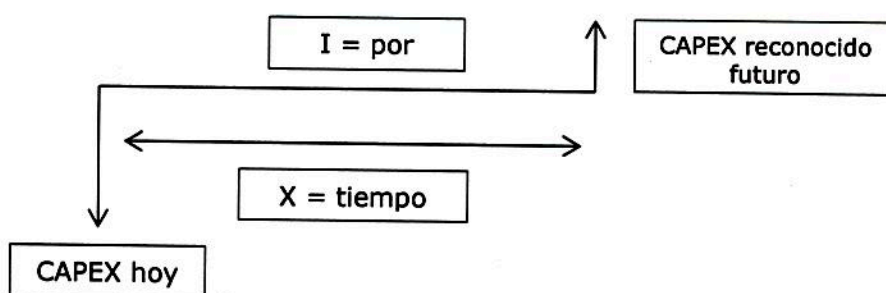
Como lo ha demostrado la práctica, con los proyectos que se encuentran en curso, no es posible contar con soportes documentales específicos de este tipo de costos para cada uno de los proyectos. Lo anterior, debido a que no es común ni eficiente contratar servicios de mantenimiento para un solo sitio, sino para muchos sitios de la red, dependiendo de la zonificación y/o tipología, por lo cual no es viable la presentación de soportes individuales que justifiquen los costos para un solo sitio específico, sino sólo a través de fórmulas de distribución e imputación de costo a un sitio específico.

En tal sentido, se solicita que para estos efectos, se permita en cuenta la aplicación de mecanismos financieros como drivers, porcentajes de participación o modelos de imputación aritmética, es decir, una fórmula de distribución o alocaión de los valores totales del costo del contrato al proyecto (Ej. Valor total del Contrato / # de sitios que cubre el contrato); los cuáles serán certificados por el Director Financiero, Representante Legal y/o revisoría fiscal del PRSTM, y deberán ser avalados por la interventoría del proyecto. Lo anterior con el fin encontrar una alternativa eficiente para presentar los soportes de este tipo de costos.

Por otra parte y teniendo en cuenta, que se incurre en un costo de oportunidad, debido a que el reconocimiento de la inversión por parte del MINTIC (CAPEX), se realiza en un período posterior a su



presentación (2 años aproximadamente), reduciéndose así el valor del dinero inicialmente fijado, se debe considerar una tasa con la cual se pueda valorar el reconocimiento de dicha inversión en el futuro, como puede ser el rendimiento de los títulos de tesorería TES clase B a 10 años en pesos, tal y como se muestra en el siguiente diagrama:



Adicional a lo ya enunciado, dada la experiencia de COMCEL en este tipo de proyectos, se ha evidenciado, en la consecución de la documentación soporte para la solicitud de reembolso del OPEX, la necesidad de simplificar la documentación soporte, ya que es extensa, implicando incluso, que se tengan que elaborar hasta 8 carpetas para soportar 20 millones de pesos mensuales, lo que genera una carga administrativa innecesaria.

En este sentido, si bien el OPEX está agrupado en conceptos específicos como arrendamientos, mantenimiento, nómina y otros, como ejemplo, debemos mencionar el caso del mantenimiento, el cual asocia aproximadamente 40 órdenes de compra por cada mes, para soportar una erogación de menos de 5 millones de pesos. En consecuencia, para optimizar la entrega de información y en aras de simplificar tanto la recolección de soportes como el análisis por parte de la interventoría y del MINTIC, consideramos necesario sugerir como una mejora al proceso, que se permita soportar estos rubros a través de certificaciones provenientes de proveedores en que manifiesten el costo unitario asociado al proyecto específico de obligaciones de hacer.

Finalmente, es pertinente que en el artículo 2.2.15.4, en el procedimiento para la presentación de las obligaciones de hacer, se incluya un plazo no superior a 15 días calendario para que el MINTIC revise y se pronuncie sobre los proyectos presentados por los operadores, donde pueda solicitar información adicional, autorizando los mismos o descartándolos, con el fin de generar certeza sobre la procedencia del proyecto.

- **Aprobación de otros valores**

Solicitamos que dentro del modelo base para la presentación y aprobación de los proyectos, queden incluidos de manera clara y expresa, como ítems dentro del valor total del proyecto





sujeto de aprobación por parte del MINTIC, los siguientes:

- a. Los costos administrativos a que haya lugar, distintos de los de operación y mantenimiento en los que se incurra en el proyecto, tales como, salarios, arrendamientos, mantenimientos, conservaciones, energía eléctrica y seguros de tipo administrativo. Resaltamos, que estos valores fueron aprobados por la CRC y el MINTIC en proyectos anteriores, como un porcentaje sobre el total de costos y gastos de tipo administrativo de la compañía. Por lo tanto, solicitamos que se incluyan dentro de la reglamentación de los costos del proyecto.
- b. La inclusión de los imprevistos debidamente soportados, de al menos el 5% del valor del proyecto, que sea reconocido como margen de tolerancia ante los mayores costos en que incurra el operador, debido, entre otras cosas, a desviaciones en las estimaciones de costos iniciales del proyecto y/o en la implementación del mismo.
- c. Los costos asociados a la interventoría de la implementación de cada proyecto como mecanismos de verificación de su cumplimiento.

- **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 operadores, así como, la desagregación del valor aprobado en CAPEX y OPEX.

En consecuencia, sugerimos la siguiente redacción el segundo párrafo de dicho artículo, así:

***"El acto de autorización, que será expedido en un plazo no mayor a 15 días hábiles, una vez presentados todos los documentos por parte del operador, deberá detallar las garantías que deberán constituirse para amparar el cumplimiento del proyecto y los demás riesgos asociados cuyo cubrimiento se estime necesario. Igualmente, deberá indicarse el monto máximo, discriminado en OPEX y CAPEX, que será reconocido como pago de la contraprestación económica por el uso del espectro radioeléctrico o como pago de la contraprestación periódica a cargo de los operadores de servicios postales o como pago del valor para su inscripción en el Registro de Operadores Postales o del valor para renovar su inscripción."***



#### **4. Comentarios al 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.

Frente a este artículo consideramos que, como arriba se manifestó, no debe dejarse de lado que a partir de las obligaciones de hacer se pretende beneficiar a la población que se encuentra en zonas rurales y apartadas, en las cuales pueden presentarse hechos ajenos al operador, como afectaciones del orden público, hurtos o daños a la infraestructura instalada, por lo que debe permitirse que en casos extraordinarios y que escapan del control del estado y los operadores, se permita el reconocimiento de costos adicionales no previstos.

Como fórmula, proponemos que, dado que son inversiones y costos proyectados a largo plazo y dada su naturaleza, se contemple la posibilidad de reconocer sobrecostos en algún ítem denominado "otros".

#### **5. Comentarios al artículo 2.2.15.8 – Cuantificación de las Obligaciones de Hacer**

En cuanto a la cuantificación y aprobación tanto de las inversiones de CAPEX como de OPEX, es importante incluir un término para que el MINTIC se pronuncie sobre la aprobación de dichos soportes. En tal sentido, proponemos que este no sea superior a quince (15) días hábiles, contados a partir la presentación de los soportes financieros por parte del operador. Es necesario incluir este límite al análisis que debe realizar el Ministerio, toda vez que en proyectos anteriores hemos presentado soportes de los costos de los proyectos de obligaciones de hacer, sobre los cuales a la fecha no se ha obtenido pronunciamiento alguno por parte del MINTIC, en perjuicio de los intereses del operador que ya realizó las inversiones y está sufragando los gastos operativos sin lograr el reembolso de los mismos.

#### **6. Comentarios al artículo 2.2.15.9 – Vigilancia y Control**

**Artículo 2.2.15.9. Vigilancia y control.** *El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a través de la Dirección de Vigilancia y Control, verificará el cumplimiento y ejecución de las obligaciones de hacer.*

*Cuando se haya incumplido la ejecución de la obligación de hacer, no se cuente con los soportes de las inversiones realizadas, se hayan realizado inversiones que no tengan relación directa con la ejecución de la obligación de hacer o no correspondan al proyecto autorizado y, en general, cuando se determine que no se ejecutaron la totalidad de recursos indicados en el acto que*





*autoriza la ejecución de la obligación de hacer, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a través de la Dirección de Vigilancia y Control, efectuará la vigilancia del pago en dinero de las obligaciones pendientes, sin perjuicio de la indexación correspondiente y los intereses de mora."*

Si bien la norma prevé la posibilidad del incumplimiento total o parcial de las obligaciones de hacer, en aras de garantizar seguridad jurídica, debería incluirse en el proyecto un texto que establezca cual sería el procedimiento aplicable para el reconocimiento del valor cuando se configure cualquiera de los supuestos de incumplimiento aquí previstos.

Asimismo, es pertinente aclarar en la norma cuando se hace referencia al incumplimiento de la obligación de hacer, toda vez que los ejemplos de incumplimiento que incluye el artículo son situaciones que se pueden presentar en la ejecución del proyecto sin que impliquen un verdadero incumplimiento. Por ejemplo, en ocasiones no es posible contar con todos los soportes, lo cual puede implicar que no se reconozca dicho valor por parte del MINTIC, pero no implica de ninguna manera un incumplimiento de la obligación de hacer. De igual manera, por circunstancias particulares del proyecto se puede presentar el caso, en el que no se ejecute la totalidad de los recursos, sin que esto implique incumplimiento, todo lo contrario, puede representar eficiencia en costos.

Por lo tanto, es necesario que el MINITC tenga claro que muchas veces el valor aprobado inicialmente, no va a coincidir con el valor a reconocer final, debido a diferentes factores y particulares de este tipo de proyectos tan complejos. No obstante, el MINTIC debe reservarse el derecho a no reconocer valores que no correspondan al proyecto autorizado.

Cordial saludo,



**SANTIAGO PARDO FAJARDO**

Director Corporativo de Asuntos Regulatorios y Relaciones Institucionales