

116751000G-0167

Bogotá D.C., 19 de mayo de 2022

Doctora

CARMEN LIGIA VALDERRAMA ROJAS

Ministra

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Edificio Murillo Toro, Carrera 8va entre calles 12A y 12B

Bogotá

Aunto: Comentarios al proyecto de resolución por la cual se modifican las resoluciones 467de 2020 y 290 de 2010.

Respetada señora Ministra,

De manera atenta y atendiendo la consulta pública para realizar comentarios al proyecto del asunto, desde TELEFONICA nos permitimos realizar los siguientes comentarios esperando que puedan aportar a la construcción de un marco normativo que atienda las necesidades del sector, generando seguridad jurídica y se cumplan los principios de libre concurrencia e igualdad de condiciones establecidos en la constitución política de Colombia y las leyes 1341 de 2009 y 1978 de 2019.

En primer lugar, es necesario señalar que compartimos los fines perseguidos por el Ministerio en relación con la necesidad de *“impulsar el desarrollo y fortalecimiento del sector, y promover la investigación e innovación buscando su competitividad y avance tecnológico”* conforme lo establece la memoria justificativa del proyecto.

Ahora bien, consideramos que estos fines pueden ser atendidos de manera idónea con las tecnologías existentes en el país, garantizando condiciones de certeza jurídica que promuevan la inversión, el uso eficiente de los recursos escasos como el espectro radioeléctrico y costos accesibles a dicho recurso escaso maximizando el bienestar social en la definición de las condiciones de la contraprestación, en consideración a la brecha digital existente en Colombia, y a los niveles de penetración de la tecnología 4G que aún presenta desafíos para consolidarse en el país y abrir paso a la quinta generación.

Si bien es cierto que resulta importante la implementación de pruebas técnicas especialmente en tecnologías como 5G, las finalidades y objetivos misionales del sector de las TIC, requiere fuertes esfuerzos que prioricen la asignación de espectro en condiciones razonables y que atiendan el criterio de maximización del bienestar

social, que permita continuar con los despliegues que se vienen realizando por parte de los operadores desde la primera subasta en el año 2013 en tecnologías LTE y con ello cubrir la demanda de tráfico a través de la masificación de actualizaciones o avances en tecnologías de red como LTE Advanced (4.5G), LTE Advanced Pro(4.9G).

En relación con el articulado objeto de comentarios, el artículo 1 que propone adicionar un párrafo al artículo 3 de la resolución 467 de 2020 establece un término de seis (6) meses desde la entrega de resultados por parte del PRST, para que el Ministerio pueda solicitar *“las aclaraciones o la información adicional que estime pertinentes”*

Consideramos que este término es muy amplio y genera complicaciones en relación con la capacidad de contar con la información solicitada después de tanto tiempo de ejecutado el piloto. Es necesario señalar que estos pilotos se realizan con proveedores particulares y en condiciones de temporalidad que podrían impedir que se obtuviera información técnica por parte de los mismos en caso de que sea requerida. Por lo que solicitamos respetuosamente que el termino no sea mayor a treinta (30) días.

Por otro lado, en relación con la modificación del artículo 4 de la resolución 467 de 2020 consideramos necesario aclarar lo establecido en el párrafo tercero, que si bien no fue objeto de modificación, resulta oportuno concretar la remisión al artículo 11 de la ley 1341 de 2009 en tanto la aplicación de dicha norma abarca varios supuestos por un lado, (i) la aplicación de la regla general para asignación de ERE mediante procesos de selección objetiva y por otro (ii) la aplicación de la excepción a dicha regla, esto es mediante asignación directa cuando prime la continuidad del servicio, lo cual podría generar errores de interpretación e inseguridad jurídica respecto de la asignación de permisos para 5G, dado que estos permisos temporales con naturaleza de pilotos no comportan los requisitos de la excepción para una asignación directa, por lo que por disposición de Ley debe atenderse mediante la regla de selección objetiva

En este sentido consideramos inadecuada la redacción del párrafo al hacer remisión al artículo 11 en su integridad para la obtención de permisos de 5G, por lo cual sugerimos la siguiente redacción:

“PARÁGRAFO 3. *Vencido el plazo del permiso de que trata este artículo, la asignación del espectro radioeléctrico se realizará a través de procesos de selección de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 8 de la Ley 1978 de 2019, y realizar el pago de contraprestación económica y periódica correspondiente.”*

Lo anterior, en tanto la remisión al artículo 11 podría llevar al equivoco de facultar a los PRST a solicitar permisos para el uso del espectro, mediante asignación directa contrariando el principio de selección objetiva, lo cual sería gravísimo especialmente en la asignación de permisos de 5G, que incluso podría generar o profundizar

problemas de competencia en el mercado colombiano, y vulnerar principios de libertad de acceso y de concurrencia en la asignación del espectro.

En este punto vale la pena recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-403 de 2010 reiteró la relevancia constitucional del principio de selección objetiva en la asignación de espectro, mediante la cual declaró inexecutable las excepciones al principio de selección objetiva por razones de interés general, ampliación de cobertura, nivel de ocupación y suficiencia del espectro al determinar que vulneraban la constitución.

En este mismo sentido la Corte se pronunció sobre la relevancia constitucional del principio de selección objetiva y desarrolló los postulados precisos, por los cuales podría asignarse espectro de manera directa por razones de continuidad del servicio, así:

“El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, siendo su uso regulado por el Legislador en condiciones de igualdad de oportunidades de acceso. La utilización del espectro electromagnético no sólo está protegida, sino que la igualdad y la libre competencia están tuteladas por el Estado mediante acciones positivas, tales como la promulgación de leyes dirigidas a evitar la concentración de recursos en su explotación por parte de uno o algunos particulares o las prácticas monopolísticas. La mayor intervención Estatal en el acceso al espectro tiene plena justificación en su carácter de recurso limitado y su naturaleza de plataforma fundamental en el desarrollo de actividades informativas.

(...)

El manejo de la información y de los datos que se pueden transmitir a través de las bandas electromagnéticas debe estar sometido a una vigilancia rigurosa, no en cuanto a su contenido sino en relación con la oportunidad de acceso y explotación por parte de cualquier persona que esté en condiciones de hacerlo, por lo que el proceso de adjudicación de bandas en el espectro electromagnético debe estar orientado a garantizar el libre acceso en condiciones de igualdad, y a evitar prácticas que faciliten la concentración de medios o prácticas monopolísticas, lo que se traduce en el establecimiento de una serie de parámetros legales dirigidos a la determinación de condiciones y requisitos uniformes de acceso y prestación del servicio público de comunicaciones, bien sea para la adjudicación de bandas como para el establecimiento de prórrogas a dichas concesiones.

(...)

Si bien el artículo 75 Superior le confiere un amplio margen de configuración al legislador, y en esa medida no existe un único mecanismo a través del cual sea posible lograr la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro

radioeléctrico y la pluralidad de información, así como evitar prácticas que faciliten la concentración de los medios o monopolios, hasta ahora la jurisprudencia ha encontrado que los mecanismos de selección objetiva sirven de mejor manera a los propósitos fijados por el constituyente. Frente a tal situación, el establecimiento de mecanismos excepcionales de adjudicación directa para otorgar las licencias en el uso del espectro radioeléctrico, a primera vista, parece contrariar lo consagrado en el artículo 75 Superior, y en esa medida, se estaría ante una circunstancia sospechosa que exige un examen de constitucionalidad riguroso para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la excepción fijada.

(...)

*Una de las excepciones previstas por el legislador para otorgar de manera directa el uso del espectro electromagnético es la **continuidad del servicio**, que habida cuenta del carácter de "inherentes a la finalidad del Estado" de los servicios públicos, y frente a la obligación del Estado en la prestación eficaz de los servicios públicos, la excepción resulta no sólo constitucionalmente válida, sino también importante y legítima, toda vez que la fórmula se establece para evitar la suspensión del servicio de telecomunicaciones allá donde, **por motivos ajenos a la voluntad de la administración, esté en peligro la continuidad del mismo**, lo que inevitablemente constituiría un perjuicio para los usuarios, y si bien la norma no precisa cuándo puede entenderse que está en peligro la continuidad del servicio de telecomunicaciones, **en la práctica ese peligro hace referencia a una situación extrema o excepcional, y para que tal regla sea realmente excepcional, la solución prevista en la norma debe tener un carácter temporal**. La necesidad de una solución inmediata y temporal para evitar la paralización del servicio es un elemento esencial para justificar la tipificación de la excepción."*

Sumado a lo anterior, es importante resaltar que el ERE como recurso esencial para la provisión de los servicios de telecomunicaciones comporta un elemento necesario para fomentar la competencia, por ello es preciso garantizar que los competidores accedan en igualdad de condiciones, más aun en un mercado altamente concentrado como el de Colombia, debe garantizarse que los competidores del dominante puedan acceder de manera efectiva - y en condiciones que reconozcan las asimetrías propias del Mercado y evitar acentuar sus beneficios por ser el primero en actuar, es decir lo que en teoría económica se denomina *First Mover Advantage*, generando una distorsión en el mercado colombiano. colocando en una posición de clara desventaja a sus competidores al no poder ofrecer servicios equiparables al mismo tiempo, y afectando igualmente a los usuarios al limitar las ofertas de servicios disponibles.

De esta manera consideramos fundamental que se realice la aclaración del párrafo tercero para dejar claro que la única forma de acceder al espectro radioeléctrico, especialmente para uso de tecnología 5G, es a través de procesos de selección objetiva, en línea con lo establecido en la ley 1341 de 2009, modificada por la ley 1978 de 2019, el artículo 75 de la Constitución Política y los postulados establecidos por la corte constitucional en materia de asignación de espectro.

Cordial saludo,



NATALIA GUERRA CAICEDO

Directora de Asuntos Públicos y Mayorista