

Bogotá D.C., 28 de septiembre de 2023

Doctor

**OSCAR MAURICIO LIZCANO ARANGO**

Ministro

**GABRIEL ADOLFO JURADO PARRA**

Viceministro

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

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

Ciudad

**Asunto:** Comentarios 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 y viceministro Jurado,

Considerando la trascendencia del proyecto que modifica el régimen de garantías para los permisos de uso del espectro radioeléctrico, nos permitimos remitir comentarios intergremiales frente al documento publicado por la entidad a su cargo, como es de conocimiento del MinTIC, este proyecto junto con los otros postulados del "plan de conectividad" resultan trascendentales para la sostenibilidad financiera del sector y seguramente para el mejoramiento de las condiciones de prestación, y la expansión de actual cobertura, de allí que sea del máximo interés del sector en general, y por tanto los tres gremios que la suscriben hacen comentarios de forma unificada dada se repite su "trascendental" importancia.

En términos generales exaltamos que la propuesta de decreto incorpore la posibilidad de dividir el valor garantizado por tramos o periodos y el reconocimiento que desde el MinTIC, en la memoria justificativa del proyecto de decreto publicado hace en el sentido de que: *“la generación de primas y contragarantías con valores estimados que se acercan a una cuarta parte del valor total del permiso de uso del espectro, por lo que se hace necesario efectuar alguna revisión para optimizar esos valores con el fin de facilitar la constitución de garantías y así maximizar la concurrencia de interesados, los precios ofertados y generar un mayor beneficio a los usuarios”*.

En efecto, las garantías son un costo adicional a la contraprestación por el uso del espectro que puede llegar a alcanzar tal y como lo señala el MinTIC un 25% del costo total de los permisos de uso, por tanto, desde los gremios consideramos que la propuesta, aunque incorpore la divisibilidad de temporalidad de las garantías, no es clara en sí, dado que sigue manteniendo la actual figura de *supraseguro*, al mantener una única garantía para las obligaciones pecuniarias y de hacer, tampoco enuncia cuál será el mecanismo de reconocimiento de los pagos, ni el alcance de aplicación, aspectos medulares de un cambio normativo en ese sentido que colabore en el plan de conectividad.

Así mismo es necesario que el Decreto en sí sea ejecutable y no que el sector deba esperar una nueva reglamentación, de allí que sugerimos igualmente la derogatoria textual de la Resolución 917 de 2015, para que con este Decreto el sector tenga una única normativa de trámite de garantías, y no resulte en una nueva discusión jurídica sobre cuál norma aplicar.

Al respecto exponemos nuestros comentarios específicos al proyecto de decreto:

## COMENTARIOS ESPECÍFICOS

### 1. Respetto a la Divisibilidad de la garantía de cumplimiento y los tramos y/o periodos garantizados

En el artículo tercero del proyecto de decreto se establece que el: *“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”*

Al respecto reiteramos la propuesta presentada desde los gremios y respaldadas incluso por FASECOLDA, en donde solicitamos haya no solo una divisibilidad por tramos de temporalidad de la contraprestación, sino una división por la naturaleza del riesgo expuesto, de tal manera que **las obligaciones pecuniarias se cubran con una garantía de pago y las obligaciones de hacer con una garantía igual a la que se solicita en los contratos estatales** -régimen de Ley 80 de 1993, ello para efecto de cubrir los posibles perjuicios y las sanciones puntuales 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 regulado por el principio indemnizatorio consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano en el Artículo 1088 del Código de Comercio.

## **2. No se debe modificar el término de la garantía**

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 (...)" podría causar confusión en que lo que se busca modificar es término o tiempo de vigencia de la garantía, que no tiene relación con el valor a garantizar. Entendemos que el propósito de esta oración es permitir, la división del valor a garantizar utilizando para su división los periodos o tramos de 3 años definidos, por lo tanto, requerimos hacer explícito que esta modificación no modifica lo establecido con el término de la garantía, según lo definido en el Artículo 5, del Decreto 917 de 2015 en su numeral 5.5.

Cabe aclarar, que por los altos valores a garantizar en las garantías de cumplimiento, el mercado asegurado no emite garantías bancarias por términos mayores a dos (2) años con los valores garantizados requeridos por los permisos de uso del espectro, por lo tanto, en caso de modificarse las condiciones establecidas para el término de la garantía, se limitarán las opciones de los asignatarios para constituir este tipo de instrumentos, y al final se encarecerán los costos de las garantías de cumplimiento.

## **3. El término de la garantía debería ser igual al tramo o periodo de divisibilidad del valor a garantizar**

Consideramos que el tramo o periodo a garantizar, no puede ser diferente del término de la garantía que hoy está definido en un mínimo de 2 años. En consecuencia, se propone por



un lado, **que los segmentos o tramos sean de dos (2) años**, para que con esto, sean igual al término, con el fin de hacer la consecución y constitución de las garantías un proceso eficiente para los asignatarios y procurando que en ninguna medida desmejore la posición del Estado como beneficiario, y por otro, que **el valor asegurado de la garantía que va a cubrir las obligaciones de hacer sea igual al 10%** del valor de las mencionadas obligaciones por una vigencia que en ningún caso exceda los dos (2) años, esto teniendo en cuenta el principio indemnizatorio que regula el seguro de cumplimiento, el cual cubre perjuicios y sanciones, como el que exige el MINTIC, y que la garantía de pago esté armonizada con los pagos pecuniarios del plan de pagos establecido en los actos administrativos para la asignación o la renovación del permiso de uso del espectro. Es decir, sugerimos que las dos garantías deben ser divisibles, pues la divisibilidad de las garantías permite asegurar únicamente el valor (en riesgo) de las obligaciones que se deben cumplir por parte del operador en ese mismo periodo de tiempo.

Esto toda vez que el incumplimiento de las obligaciones le permite al MINTIC revocar el permiso, recuperando, de esa manera, el espectro, que de todas maneras puede volver a ser ofertado a otro operador, y dependiendo el periodo 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 la temporalidad del segmento, no tiene sentido asegurar periodos futuros, cuando el recurso aún no se ha utilizado y, en caso de incumplimiento, no se utilizará. Por lo tanto y dado las características intrínsecas del espectro, el riesgo del MINTIC es mínimo ante un incumplimiento de las obligaciones acordadas.

#### **4. Respecto a la amortización de la garantía, cuando se vayan dando los periodos o etapas asegurados.**

En el artículo tercero del proyecto de decreto, se establece en el párrafo segundo que el asignatario podrá solicitar al Ministerio que se vaya ajustando el monto de la contraprestación objeto de garantía a medida que se vaya verificando el pago de la contraprestación. Frente a este punto, no se da claridad sobre el mecanismo que empleará el MinTIC para la mencionada verificación, por lo que solicitamos se establezca no solo que el mismo se dará atendiendo criterios de eficiencia y celeridad, sino además que se establezcan los requisitos mínimos para que dicha verificación sea adelantada, tales como,

documentos necesarios para acreditar el cumplimiento de la o las obligaciones, área o áreas encargadas de este trámite, tiempos máximos para llevar a cabo el proceso de verificación, etc., de manera tal que se garantice que la verificación se hará en el menor tiempo posible. Actualmente, si bien el mecanismo se encuentra contemplado en algunos actos administrativos de carácter particular de asignación de uso del espectro, el mismo ha resultado de poca aplicabilidad debido a las dilaciones y demoras injustificadas por parte del Ministerio, con lo que se ha restado eficiencia y utilidad al mecanismo, conllevando un sobre costo para los operadores asignatarios.

En cuanto a esto sugerimos se agregue lo siguiente al párrafo segundo:

**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 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.



## **5. Aplicación de la nueva normatividad respecto de permisos otorgados previamente.**

Por último, consideramos de vital importancia que en el documento final del decreto se establezca de manera explícita la posibilidad de que una vez se encuentre vigente el mismo, se dé la posibilidad de que la misma sea aplicable a los actuales permisos de espectro, así como aquellos que se encuentran en trámite.

Esto 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 asignaciones de sus permisos de uso de espectro, sino también a aquellos que ya tengan permisos de uso de espectro vigentes.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado al respecto en cuanto al principio de retrospectividad de la ley que: “El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, 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 normas que declaren la ocurrencia del cambio normativo, y en tanto ello la posibilidad a los asignatarios de modificar sus actuales esquemas, y a aquellos que se encuentren en trámite darles la posibilidad de prorrogar los términos de entrega para ajustarse a esta nueva normativa, todo ello para darle exacta prevalencia a este nuevo esquema, que reiteramos resultan vital a una industria cada vez más afectada por los cambios macro económicos que sufre el mundo y Colombia.

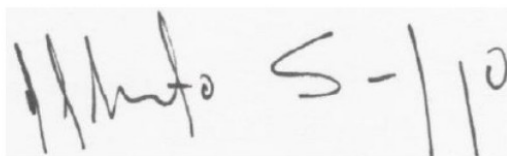
Cordialmente,



**Samuel Hoyos**  
**Presidente Asomóvil.**



**Maryleana Méndez Jiménez.**  
**Secretaría General – ASIET.**



**Alberto Solano.**  
**Director Sectorial TIC y TV ANDESCO**