

Bogotá D.C., 28 de septiembre de 2023

Señores

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

Edificio Murillo Toro Cra. 8a entre calles 12A y 12B
Ciudad

Asunto: Observaciones 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”

Por medio de la presente comunicación, tras la revisión y análisis del Proyecto de Acto Administrativo del asunto, así como de su memoria justificativa, proyecto mediante el cual se introducen modificaciones respecto a la definición y forma de pago de la contraprestación económica por la utilización del espectro radioeléctrico y se establecen condiciones respecto a la divisibilidad de la garantía de cumplimiento asociada al pago de esta, respetuosamente formulamos algunas observaciones para su consideración.

1. Causación y forma de pago de la contraprestación económica: ¿será o no diferida en el tiempo?

El artículo 1° del Proyecto de Acto Administrativo modifica parcialmente el Artículo 2.2.2.4.3, cuando establece que ***“En la definición de la causación y forma de pago de la contraprestación se tendrán en cuenta tanto el otorgamiento del permiso como la utilización misma del espectro, en los términos señalados en el presente decreto”***.

Lo anterior, permite entender que el Ministerio podrá diferir en el tiempo, conforme a la progresividad de explotación del espectro, la causación de la contraprestación y su respectivo pago, lo cual resulta pertinente y acorde con realidad del uso de los permisos sobre el espectro por parte de los operadores.

Sin embargo, a reglón seguido, en el artículo del proyecto de Decreto, se contradice cuando señala que **"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"**, es decir, deja sin efectos el artículo anterior, ya que fija como momento de causación de la contraprestación la expedición del acto administrativo.

Por lo anterior, solicitamos clarificar el texto, conforme con una interpretación que respetuosamente proponemos, para que no haya dudas de interpretación de que el Ministerio efectivamente diferirá en el tiempo la causación de la contraprestación económica, puesto que, una interpretación en contrario, haría que las modificaciones propuestas, y la finalidad que el mismo Ministerio ha informado a la industria, no pueda ser ni efectiva ni aplicada.

Así mismo, de la propuesta de redacción que sometemos a consideración, vemos necesario y pertinente eliminar los apartes que se refieren al pago de la contraprestación económica por el acceso y uso del espectro, toda vez que se prestan a confusión y exceden el objeto, alcance y finalidad misma de este Decreto.

Conforme con lo expuesto proponemos la siguiente redacción del artículo 2.2.2.4.4, siendo los apartes subrayados una adición:

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
Causación de la contraprestación económica por el uso de espectro en bandas identificadas para servicios IMT. *Una La firmeza del* ~~vez expedido el acto administrativo de asignación del permiso de uso del espectro radioeléctrico, implica la causación de y, por ende, causada~~ la contraprestación económica de que trata el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009, conforme con las etapas definidas en dicho acto administrativo. ~~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.~~

2. Reducción de los valores asegurados por pago de la contraprestación económica o cumplimiento de obligaciones en los permisos del espectro: necesita un procedimiento y plazos claros

El Proyecto de Acto Administrativo adiciona un párrafo al artículo **2.2.2.1.1.5.** Libro 2, Parte 2, Título 2, Capítulo 4 Decreto de 2015, en los siguientes términos:

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.

Encontramos adecuado, que se establezca el derecho a favor del asignatario de reducir el monto de la contraprestación garantizada, a medida que efectúe y verifique el pago de las obligaciones líquidas, así como la ejecución de las obligaciones de hacer.

Si bien el Ministerio regula la facultad del asignatario de amortizar los pagos en estas garantías por cumplimiento de obligaciones, previa certificación de parte del asignatario y aprobación de parte del Ministerio, solicitamos el

establecimiento de condiciones precisas sobre la procedencia de los descuentos, su periodicidad y los tiempos requeridos por el Ministerio para emitir su aprobación.

De no establecerse con claridad, el procedimiento la posibilidad de disminuir el valor de las garantías de cumplimiento caerá en letra muerta o de imposible aplicación.

Siendo así, se recomienda incluir el siguiente párrafo al parágrafo del artículo citado:

El pago parcial y progresivo de las obligaciones dinerarias, así como el cumplimiento de las obligaciones de hacer que conforman la contraprestación económica por el uso de espectro por parte del asignatario serán certificados y verificados por el Ministerio con el propósito de reducir el valor total de la contraprestación a garantizar a solicitud del asignatario, dentro de los 30 días siguientes a la solicitud del asignatario. Para efectos de reducciones y ajustes aplicables al valor garantizado, el asignatario podrá presentar los certificados de pagos y cumplimiento de obligaciones dinerarias y de hacer y el cálculo del descuento a aplicar, en cualquier tiempo. El Ministerio aprobará los ajustes a efectuar, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de la solicitud por parte del asignatario.

3. Divisibilidad de las garantías por etapas o tramos: requisito indispensable para la participación en la subasta

El artículo 3° del proyecto de decreto modifica el Artículo 2.2.2.1.1.5 y adiciona dos párrafos.

Al respecto, aunque el parágrafo incluye la posibilidad de división de las garantías de cumplimiento pretendiendo reflejar la realidad del mercado asegurador, así como las cargas financieras que puede representar la indivisibilidad de las garantías para los eventuales asignatarios de los permisos del uso del espectro (pago de primas y contragarantías con valores estimados que se acercan a una cuarta parte del valor total del permiso de uso del espectro), la redacción del artículo propuesto no es lo suficiente claro e inequívoco respecto a la misma.

Como se lee, el artículo indica: “(...) 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”, sin que especifique que cada una de las garantías será independiente y que de ninguna manera se afectará, la garantía de un periodo por hechos o circunstancias acaecidas con posterioridad al vencimiento del periodo asegurado por la misma.

En este orden de ideas, se indica que, para que opere la divisibilidad de las garantías por tramos o etapas, debe establecerse con absoluta claridad que las garantías no se afectarán por la falta de presentación de garantía de la etapa subsiguiente. Evento en el cual, el Ministerio podrá acudir a otras previsiones establecidas respecto al incumplimiento de la obligación del asignatario. Así, el hecho de no ejecutar la póliza vigente como consecuencia de su no renovación o de la no presentación de póliza para etapas posteriores representa una condición fundamental para la participación y el apetito de aseguradoras en este mercado, pues de otra forma no se asegura la facultad que tiene la aseguradora de retirarse del riesgo, mediando un previo aviso, sin que se afecte la póliza en curso.

En este sentido, bajo el texto actual, a pesar de que el Ministerio tenga la facultad de pedir las garantías por periodos de tres años, quien asuma el riesgo estaría obligado a renovar la garantía a la finalización del periodo, ante la posibilidad de que se afecte la póliza vigente por no renovación. Lo que en términos prácticos supone que, dividido en periodos de tres años, la misma aseguradora está en la obligación de garantizar la totalidad de la vigencia del permiso.

Por otra parte, en busca de adecuar realmente las condiciones aplicables a la constitución de pólizas y las particularidades del mercado asegurador frente a proyectos con la duración y el presupuesto como los del uso del espectro radioeléctrico, se solicita la inclusión de un plazo máximo de dos (2) años para cada una de esas etapas o tramos, considerando las dificultades del mercado asegurador para expedir pólizas con vigencias superiores.

En sentido similar, apegados a la realidad de este tipo de proyectos y a las dificultades evidenciadas en el pasado, en particular respecto a los primeros años tras la asignación del permiso, en los cuales se estima la ejecución de la mayoría de las inversiones y, por lo tanto, la generación de primas de mayor valor es necesario que se considere la posibilidad de constituir múltiples pólizas por cada una de las etapas. Sobre el asunto, cada una de las pólizas o garantías, deberá amparar la totalidad del valor de la etapa y el periodo de ésta, sin que se afecten los intereses del Proyecto, ni el pago de la contraprestación a favor del Ministerio.

4. Incertidumbre frente a la definición del valor de la contraprestación y el valor asegurable por etapas

Si bien el Ministerio regula el derecho del asignatario de constituir las garantías sobre el monto de la contraprestación efectivamente adeudada para el tramo o periodo garantizado, así como el derecho del asignatario de solicitar al Ministerio el ajuste del monto de la contraprestación objeto de garantía, nuevamente encontramos que no es clara la forma como se definirán los valores asegurables. Lo anterior afecta evidentemente la seguridad jurídica y, por lo tanto, los intereses y los riesgos asumidos por los asignatarios, ante la discrecionalidad del Ministerio sobre la forma como operará tal condición.

De esta forma, si se pretende garantizar la constitución de garantías exclusivamente por el valor de la contraprestación adeudada para el tramo o periodo garantizado, así como la amortización de los pagos en estas garantías por el cumplimiento efectivo de las obligaciones del asignatario, trátase del pago de la contraprestación o la ejecución de obligaciones de hacer, se debe establecer un procedimiento claro que reduzca la incertidumbre del asignatario, como se expresó anteriormente.

Para el primero de los casos, se estima necesario que el valor asegurable por etapas sea calculable antes del inicio del procedimiento de subasta y que se habilite al asignatario a definir el valor asegurable de la etapa en el acto administrativo particular de asignación del permiso, de conformidad con los cálculos sobre el valor de la contraprestación que realice y presente al Ministerio, junto con la respectiva garantía.

Esta condición de poder calcular el valor asegurable por etapas, y por tipos de obligación; esto es si se trata de obligaciones pecuniarias y obligaciones de hacer o de cobertura, es la verdadera materialización de la causación en el tiempo de la contraprestación y de la divisibilidad de las garantías de cumplimiento.

En este orden de ideas, sugerimos la siguiente redacción del artículo, así como del párrafo primero y segundo del mismo:

Artículo 2.2.2.1.1.5. Garantías de cumplimiento. Con el fin de amparar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, una vez otorgado el permiso, la entidad podrá solicitar al titular del mismo la constitución de garantías cuya clase, valor y vigencia serán establecidos en el acto administrativo que ordene la apertura del procedimiento.

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 e independientes no inferiores a dos (2) 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 2 años, únicamente con fines de empatar exactamente con la vigencia total del permiso.

Parágrafo Primero: Las garantías de cumplimiento del pago de la contraprestación de que trata el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009 deberán ser constituidas y presentadas por el asignatario sobre el monto de la contraprestación efectivamente adeudada para el tramo o periodo garantizado, bajo las condiciones previamente establecidas en el acto administrativo que da inicio al procedimiento de subasta. El asignatario

podrá calcular los valores al momento de la presentación de las garantías por etapas o tramos, y por obligaciones pecuniarias y obligaciones de hacer o de cobertura, de conformidad con los valores establecidos por el Ministerio en el acto administrativo particular y concreto de asignación del permiso de uso del espectro radioeléctrico.

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.

El pago parcial y progresivo de las obligaciones dinerarias, así como el cumplimiento de las obligaciones de hacer que conforman la contraprestación económica por el uso de espectro por parte del asignatario serán certificados y verificados por el Ministerio con el propósito de reducir el valor total de la contraprestación a garantizar a solicitud del asignatario, dentro de los 30 días siguientes a la solicitud del asignatario. Para efectos de reducciones y ajustes aplicables al valor garantizado, el asignatario podrá presentar los certificados de pagos y cumplimiento de obligaciones dinerarias y de hacer y el cálculo del descuento a aplicar, en cualquier tiempo. El Ministerio aprobará los ajustes a efectuar, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de la solicitud por parte del asignatario.

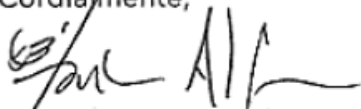
Para tal efecto el Ministerio adelantará las actividades de verificación de la ejecución de las obligaciones de hacer siguiendo los principios de celeridad, economía y eficiencia. (los apartes subrayados corresponden al texto propuesto)

5. Las condiciones generales y específicas de las garantías de cumplimiento deben ser conocidas por los operadores: reglas del juego claras.

Es indispensable manifestar al Ministerio que, ante la inexistencia de claridad sobre las condiciones generales y particulares de las garantías de cumplimiento para los permisos del espectro, actualmente es imposible prever o preguntar por parte de los operadores si el mercado asegurador tendrá apetito para colocar tales garantías y calcular su costo. El nivel de incertidumbre e inseguridad jurídica es tan alto, que si esa regla clara en el juego, no se obtendrán las autorizaciones corporativas correspondientes para participar de la anunciada subasta.

En los anteriores términos, solicitamos la consideración de las observaciones propuestas y estaremos atentos a cualquier requerimiento u oportunidad de discusión al respecto.

Cordialmente,



FAIHAN AL-FAYEZ

**VICEPRESIDENTE DE ASUNTOS CORPORATIVOS
PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.**