



MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES

RESOLUCIÓN NÚMERO 000861 DE 2020

21 MAY 2020

“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020”

LA MINISTRA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las que le confieren los artículos 11 y 18 (numeral 19 literal c) de la Ley 1341 de 2009, los artículos 74 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y,

CONSIDERANDO QUE

1. Antecedentes

Mediante acto administrativo 210 del 11 de febrero de 2020, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) dio inicio a una actuación administrativa de carácter particular para decidir sobre las consecuencias jurídicas de la manifestación de renuncia presentada por el participante **PARTNERS** respecto de un bloque de 10 MHz de la banda de 2500 MHz de la segunda secuencia del proceso de selección objetiva para asignar permisos de uso del espectro radioeléctrico mediante subasta, regida por la Resolución 3078 de 2019.

El citado acto administrativo fue debidamente comunicado al participante **PARTNERS**, parte en el procedimiento administrativo, al participante **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** (en adelante **COMCEL**) y al Banco Santander de Negocios Colombia S.A., estos dos últimos en calidad de terceros interesados en la actuación. Asimismo, fue comunicada a Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., la decisión de que no serían tenidos en cuenta en el procedimiento como terceros interesados, debido a que no presentaron puja para el bloque en cuestión. Estas comunicaciones se realizaron con los radicados 202010684, 202010680, 202010681, 202010682 y 202010683 del 11 de febrero de 2020, en los términos dispuestos por los artículos segundo, tercero y cuarto del citado acto administrativo 210 de 2020.

El 14 de febrero de 2020, mediante documento con radicado 201008336, **PARTNERS** se pronunció respecto del acto administrativo 210 del 11 de febrero de 2020 y solicitó tener como pruebas los documentos que reposan en este Ministerio relacionados con el evento de subasta realizado el 20 de diciembre de 2020.

El 14 de febrero de 2020, a través de escrito con radicado 201008246, **COMCEL** se pronunció dentro de la actuación administrativa particular y solicitó que se tuvieran como pruebas la Bitácora de la Sala de Administradores, las pruebas y comunicaciones que obran en el expediente, los videos de la sala del participante **PARTNERS** del 20 de diciembre de 2019, los videos de las sesiones de entrenamiento del 13 y 16 de diciembre de 2019, un video y una nota de prensa del Diario La República (de los cuales anexó el respectivo enlace para consulta en Internet, así como un (1) CD).

El 17 de febrero de 2020, mediante documentos con radicados 201008299 y 201008476, el Banco Santander acusó recibo del acto administrativo 210 de 2020 y adjuntó extracto del documento de existencia y representación legal del Banco. Este Banco no presentó argumentación alguna para pronunciarse sobre la decisión a adoptar ni solicitó pruebas.

Mediante Resolución 322 del 20 de febrero de 2020, el Ministerio decidió la actuación administrativa de carácter particular iniciada en relación con **PARTNERS** con el acto administrativo 210 del 11 de febrero de 2020, de la siguiente manera: (i) no asignar el bloque de 10 MHz de la banda de 2500 MHz correspondiente a la segunda secuencia del evento de subasta del 20 de diciembre de 2019; (ii) declarar el incumplimiento de **PARTNERS** por

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

el retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas y, como consecuencia de ello, declarar la ocurrencia del supuesto previsto en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019; (iii) ordenar a **PARTNERS** el reconocimiento y pago, dentro de los tres (3) días siguientes a la firmeza de la Resolución, de los perjuicios derivados del retiro de la oferta los cuales ascienden a la suma de CUARENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$42.000.000.000); (iv) en el evento en que **PARTNERS** no honre la obligación de pago, hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta emitida por el BANCO SANTANDER DE NEGOCIOS COLOMBIA S.A., identificada bajo el número 20191202 de fecha 2 de diciembre de 2019, por la suma de CUARENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$42.000.000.000); y (v) negar la solicitud de **PARTNERS** de excluir a **COMCEL** como tercero interesado en la presente actuación administrativa.

Mediante documento con radicado 201010809 del 27 de febrero de 2020, **COMCEL** interpuso recurso de reposición contra la Resolución 322 de 2020, sin que allegara o solicitara el decreto y práctica de pruebas.

A través de escrito radicado 201012334 del 5 de marzo de 2020, **PARTNERS** interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 322 de 2020, dentro del cual solicitó la práctica de unas pruebas testimoniales, la incorporación e inspección de documentos, un dictamen técnico pericial y unas certificaciones por informe.

Con Resolución 719 del 28 de abril de 2020, se corrigió un error de digitación contenido en la Resolución 322 de 2020, en el sentido de que, donde dice "PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 901354361-1" y donde se dice "PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.", debe entenderse que se trata de **PARTNERS**, sociedad extranjera que presentó oferta y participó en la subasta.

Mediante el acto administrativo 720 del 28 de abril de 2020, se admitieron los recursos de reposición interpuestos por **COMCEL** y **PARTNERS**, se decretaron los testimonios de los señores Juan Ignacio Crosta Blanco, Andrés Felipe Fernández de Castro Muñoz, Julián Gómez Pineda y Jorge Guillermo Barrera Medina. Así mismo, se negaron las demás solicitudes probatorias conforme lo expuesto en la parte considerativa del mencionado acto administrativo.

A través de comunicación de fecha 29 de abril de 2020, radicada en el Ministerio con el número 201022719, **PARTNERS** solicitó reconsiderar el plazo previsto en el artículo tercero de la Resolución 322 de 2020, "(...) para que, en lugar de tres (3) días hábiles tras la ejecutoria del acto administrativo, se conceda un plazo de al menos doce (12) días hábiles contados a partir de la fecha de ejecutoria de la decisión que resuelva los recursos de reposición en contra de la Resolución 322, para el pago de la suma que ordene el Ministerio".

Los días 30 de abril, 4 y 5 de mayo de 2020 se practicaron los testimonios decretados, diligencias que se llevaron a cabo de forma virtual a través de videoconferencia.

A través de escrito con radicado 201023391 del 7 de mayo de 2020, **COMCEL** presentó un escrito en el que solicitó la práctica de pruebas documentales, testimoniales y una pericial.

Ese mismo día, el Ministerio remitió mediante correo electrónico las grabaciones de los testimonios al **BANCO SANTANDER DE NEGOCIOS COLOMBIA S.A.** para que, si así lo consideraba, se pronunciara respecto de lo allí manifestado.

Mediante documento con radicado 201023555 del 8 de mayo de 2020, **PARTNERS** presentó un pronunciamiento sobre los testimonios practicados los días 4 y 5 de mayo, en el que analizó lo manifestado por los testigos en relación con sus alegatos dentro del presente trámite.

2. Consideraciones

2.1. Procedencia de los recursos

Teniendo en cuenta que mediante el acto administrativo 720 del 28 de abril de 2020, el Ministerio admitió los recursos de reposición interpuestos por **COMCEL** y **PARTNERS** por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 77 de la Ley 1437 de 2011, se procederá a su análisis y resolución.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Sin embargo, antes de entrar a analizar de fondo los argumentos de los recursos, se procede a resolver sobre la solicitud de pruebas presentada por **COMCEL** el 7 de mayo de 2020 y la tacha formulada al testigo Andrés Felipe Fernández de Castro Muñoz.

2.2. Solicitud de pruebas de COMCEL

El 7 de mayo 2020, a través de documento identificado con el radicado 201023391, y con ocasión de la práctica de las pruebas testimoniales llevadas a cabo los días 5 y 6 de mayo de 2020, **COMCEL** solicitó al Ministerio el decreto y la práctica de unas pruebas, en el marco del trámite del recurso de reposición, interpuesto en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020.

Frente a esta solicitud debe decirse que, como lo admite el solicitante, el Ministerio ya negó la práctica de los testimonios que ahora solicita **COMCEL**, tal y como se advierte en la Resolución 720 del 28 de abril de 2020, elemento suficiente para reiterar la negativa de la prueba, habida consideración de que insistir en su práctica podría entenderse como un recurso de reposición en contra del acto administrativo que negó la prueba.

Al respecto, es importante resaltar que, de acuerdo con lo establecido el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, "[c]ontra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos", aplicable al consagrar un aspecto no previsto en el Capítulo VI de la Primera Parte de la Ley 1437 de 2011. Esto, en todo caso, reitera la regla general prevista en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011 en virtud de la cual no proceden recursos en contra de los actos de trámite¹.

No obstante, dado que la motivación de la petición de la prueba atañe a situaciones derivadas de la práctica de otros testimonios en el marco de los recursos interpuesto en contra de la Resolución 322 de 20 de febrero de 2020, lo pertinente es hacer un nuevo análisis sobre su procedibilidad.

Al respecto, observa el Ministerio que la motivación para la nueva solicitud de los testimonios no tiene como propósito acreditar un hecho diferente a los hechos sobre los cuales versaron los testimonios ya practicados, sino que, según lo expresado en la solicitud, tiene que ver con la necesidad de ratificar o contradecir lo dicho por otros testigos, motivo que no resulta suficiente para ordenar la práctica de dichos testimonios.

En efecto, se debe señalar que, al tratarse de la solicitud de testimonios que versan sobre hechos a los cuales ya se refirieron en detalle otros testigos, para el Ministerio existe suficiente ilustración sobre lo acontecido el 20 de diciembre de 2019. En ese sentido, el Ministerio en aplicación del inciso segundo del artículo 212² de la Ley 1564 de 2012, aplicable en virtud del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, se abstendrá de decretar su práctica en tanto que limitó su recepción dado el objeto para el cual fueron solicitadas de acuerdo con las consideraciones contenidas en el acto administrativo 720 del 28 de abril de 2020.

En segundo lugar, **COMCEL** solicitó que fueran allegadas una serie de pruebas documentales. Al respecto, salvo la señalada en el numeral 2.3, los demás se enuncian de manera vaga e imprecisa, sin siquiera tener certeza de si existen o no tales documentos, lo cual resulta suficiente para negar su práctica. En todo caso, advierte el Ministerio que la totalidad de los documentos relacionados con lo ocurrido en la subasta ya forman parte del expediente y serán tenidos en cuenta para la adopción de la decisión.

De la misma manera, se advierte que la comunicación a la que se refiere el numeral 2.3 -que es la única que se especifica rigurosamente en la petición de pruebas- ya forma parte del expediente y, por lo mismo, no es necesario volver a decretar su práctica.

En tercer lugar, **COMCEL** solicitó practicar una prueba pericial, sin indicar el experto que debería rendirlo. Adicionalmente, el artículo 227 de la Ley 1564 de 2012 —aplicable por remisión expresa del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011— determina que "*La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas*". De acuerdo con esto, el solicitante tampoco cumplió con la carga de aportar el dictamen pericial.

¹ "ARTÍCULO 75. IMPROCEDENCIA. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa".

² "El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso".

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

De acuerdo con lo anterior, el Ministerio no considera procedente el decreto de las pruebas solicitadas, por no haberse solicitado su práctica dentro del recurso de reposición interpuesto por **COMCEL** en contra de la Resolución 322 del 28 de febrero de 2020. Además, tal como se señaló en los párrafos precedentes, en el expediente obran los elementos de juicio suficientes y adecuados para resolver de fondo el asunto.

2.3. Tacha del testigo Andrés Felipe Fernández de Castro Muñoz.

En audiencia de práctica de pruebas celebrada el 5 de mayo de 2020, en el curso del testimonio practicado al señor Andrés Fernández de Castro, conforme a las reglas previstas en el artículo 211 de la Ley 1564 de 2012 y cuya declaración se decretó a instancia de **PARTNERS**, el apoderado de **COMCEL** formuló tacha contra dicho testigo en los siguientes términos:

"(...) yo quisiera aprovechar esta oportunidad ya que se ha identificado el testigo como asesor y apoderado de Partners, quisiera aprovechar esta oportunidad para tacharlo de sospechoso en los términos del artículo 211 del Código General del Proceso, por cuanto que tiene un interés directo en las resultas de este proceso, siendo él además el responsable de todo lo que tenemos aquí presente, entonces yo creo que más que una versión de un tercero imparcial como correspondería a un testigo, aquí vamos a oír es una (sic) explicaciones o excusas de lo que ocurrió y no realmente la consecución de la verdad. Por eso yo creo que se tiene que tachar el testigo".

Atendiendo a la anterior manifestación, el Ministerio entra a estudiar la tacha formulada, a continuación.

En lo que respecta a la tacha de testigos, el artículo 211 de la Ley 1564 de 2012, "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones", establece lo siguiente:

"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso".

Atendiendo a lo anterior, es claro que la tacha formulada por el apoderado de **COMCEL** fue formulada con el lleno de requisitos legales para ello, por lo que debe procederse a su análisis.

En este caso, se tacha al testigo por haber sido apoderado y representante de **PARTNERS** en la subasta, además de haber sido quien físicamente presentó la propuesta sobre la cual operó la renuncia, lo que a juicio del apoderado de **COMCEL** implica que tiene un interés directo en las resultas del proceso y, por tanto, su credibilidad o imparcialidad se ven afectadas.

En cuanto al análisis de un testimonio con tacha, debe recordarse que, como lo establece la Corte Suprema de Justicia, "(...) el recelo o la severidad con que el fallador debe examinar estos testimonios, no lo habilita para desconocer, a priori, su valor intrínseco, debido a que la sospecha no descalifica de antemano –pues ahora se escucha al sospechoso- sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar (sic) qué tanto crédito merece"³.

El Ministerio considera que la circunstancia de haber sido apoderado de **PARTNERS** no es motivo suficiente para dejar sin efectos el testimonio, pues se evidencia que el testigo declaró con conocimiento suficiente de los hechos porque fue precisamente una de las personas que estuvo presente en el lugar de los hechos objeto de la prueba. Ahora bien, estas circunstancias no eximieron al Ministerio del análisis con especial severidad de la veracidad de la declaración y su confrontación con las demás pruebas, análisis en el que no encontró que su dicho fuera sesgado y que tendiera a favorecer los intereses de **PARTNERS**.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias del 19 de septiembre de 2001, abril 29 y mayo 16 de 2002, Radicado 6228.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

2.4. Argumentos del recurso interpuesto por COMCEL y análisis del Ministerio

Solicita COMCEL, en calidad de tercero interesado en la presente actuación, que se revoque la Resolución 322 de 2020 para que, en su lugar, se declare el incumplimiento de PARTNERS, se ordene el pago de lo ofertado por el bloque de 10 MHz de la banda 2500 MHz correspondiente a la segunda secuencia del evento de subasta y se honre la garantía de seriedad de la oferta, sin perjuicio de las acciones legales pertinentes para el reconocimiento de mayores perjuicios a favor del Ministerio.

En subsidio solicitó que el Ministerio confirme que *"para garantizar la igualdad entre los participantes, es posible para cualquier otro referente, en esta instancia del proceso -cuando aún no está en firme el acto administrativo mediante el cual se otorga el permiso de uso del espectro radioeléctrico-, el 'retiro de la oferta después de vencido del (sic) plazo fijado para la presentación de las ofertas' respecto de uno o más bloques asignados, teniendo como consecuencia de dicha renuncia, que el Ministerio haga efectiva la garantía de seriedad de la oferta como indemnización de perjuicios como lo parece indicar el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019"*.

Como argumentos de inconformidad, expuso los siguientes:

2.4.1. La oferta era vinculante y de obligatorio cumplimiento.

Expuso COMCEL que la oferta presentada por cada participante era vinculante, irrevocable y sin posibilidad de renunciar total o parcialmente a ella. Manifestó que conforme el artículo 1494 del Código Civil, la voluntad es un elemento de la esencia para el surgimiento de las obligaciones y que, en ese contexto, la oferta, como *"acto unilateral por excelencia, vincula de suyo a su autor"* por lo que supone *"una voluntad en firme"* como la ha reconocido la jurisprudencia⁴. Señaló que, conforme el artículo 846 del Código de Comercio, la oferta es irrevocable, so pena de incurrir en responsabilidad derivado de lo ofertado. En ese sentido indicó que:

*"Es claro, tal como lo afirmó el MinTIC, que no era posible para ningún participante del proceso de subasta presentar una renuncia al otorgamiento del permiso, porque esta carece de objeto, en la medida que a la fecha sólo cuentan con un derecho a la expedición de los actos administrativos de asignación que se fundamenta en la existencia de ofertas ganadoras por parte de los participantes"*⁵. Claramente bajo las reglas del proceso y del propio principio de buena fe, la oferta de Partners produjo efectos jurídicos que ahora no pueden ser ignorados aduciendo un inverosímil error de hecho -no probado-. Es por esto que se impone dar cumplimiento a las reglas establecidas en la Resoluciones 3078 y 3121 de 2019, aceptadas de manera expresa por cada agente habilitado. De acuerdo con estas reglas, cada una de las ofertas presentadas en la subasta es irrevocable y compromete al oferente.

El desconocimiento por parte de Partners del resultado de la subasta, no sólo impone la exigibilidad de la póliza de seriedad, tal como lo estableció el MinTIC, sino que le debe generar como consecuencia responder también por los mayores perjuicios causados al Estado y no cubiertos por el valor de dicha póliza. Lo dice claramente el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019: (...). Así, el Estado Colombiano tuvo la expectativa de recibir 1.7 billones de pesos colombianos por el uso de una franja del espectro electromagnético que ahora no va a resultar explotada, pues a pesar de existir otros interesados en la operación de esa franja, la oferta incumplida de PARTNERS impidió que ésta pueda ser adjudicada a otro agente".

Consideraciones del Ministerio

Como se manifestó en la resolución recurrida, dentro del procedimiento administrativo regido por la Resolución 3078 de 2019, que surtió un proceso de comentarios antes de publicarse de manera definitiva, atendiendo al principio de publicidad, una oferta válida para la banda de 2500 MHz consistía en un valor en pesos colombianos presentado en la subasta. Este valor en pesos corresponde a la contraprestación pecuniaria que debe pagar el ganador del bloque de la banda de 2500 MHz una vez le sea asignado el permiso de uso de esa porción del espectro radioeléctrico mediante un acto administrativo de carácter particular, dicho acto se encuentre en firme, y se constituya la garantía de cumplimiento de que trata el artículo 18 de la mencionada Resolución.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 8 de marzo de 1995, Radicado 4473.

⁵ MinTIC, Resolución 322 de 2020, hoja 10.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

En el caso que nos ocupa, como se observa en el informe por participante en la subasta⁶, **PARTNERS** presentó una oferta en la segunda secuencia por el bloque de 10 MHz en la banda de 2500 MHz por la suma de \$1.605.454.895.600, la cual fue confirmada mediante el mecanismo de verificación establecido para la subasta (consistente en la confirmación de la cifra insertada y el posterior envío de la oferta con firma certificada), y después fue elevada a la suma de \$1.747.717.773.451, que también fue confirmada, siguiendo el mismo procedimiento. Teniendo en cuenta que no hubo manifestación alguna por parte de **PARTNERS** al momento de hacer la oferta en el sentido de alegar que había cometido una equivocación, y que no existía un tope establecido para el valor de las ofertas, la oferta resultó válida y ganadora en relación con el citado bloque.

En primer lugar, es de resaltar que la oferta presentada se hizo dentro de un proceso reglado, que definía qué se entendía por oferta y cuáles eran sus características dependiendo de la banda de espectro por la que se estuviera ofertando. Adicionalmente, la forma de presentar la oferta era mediante una plataforma o software que fue diseñado exclusivamente para el evento de subasta, y además dicha oferta debía ir firmada electrónicamente, lo que se hacía mediante el ingreso de una contraseña que proveía un token certificado por un tercero encargado de proveer dichos elementos (para el caso, Certicámara).

Al respecto, vale resaltar lo manifestado por el testigo Julián Gómez Pineda, asesor del Ministerio que firmó la Bitácora de la Sala de Administradores, quien al preguntársele si le constaba que las reglas de la subasta estaban claras desde el principio para todos los participantes del proceso, manifestó: *"Sí, las reglas eran claras. Esto fue un proceso largo, se publicaron varios borradores, se recibieron muchos comentarios, varios... muchos de esos comentarios a su vez fueron aceptados. Fue digamos un proceso que tomó no sé, como unos diez meses desde que se empezó a trabajar"*.

Asimismo, cuando se le preguntó si en su opinión para los que participaban en la subasta era claro que la oferta enviada al administrador era vinculante, contestó: *"En mi opinión sí, sí era claro. De hecho, había un letrero que aparecía en el momento en el que se estaba haciendo la oferta que hacía referencia pues, si mal no recuerdo, a la ley de firma digital, donde se estaba indicando pues que al enviar la oferta y al firmarla digitalmente se estaba haciendo una oferta que era vinculante"*.

También el testigo Jorge Barrera, Director de Industria de Comunicaciones de este Ministerio y administrador de la subasta, al referirse a las capacitaciones para el uso de la herramienta, manifestó que fueron dos las sesiones realizadas, en las que se discutieron posibles escenarios que pudieran presentarse con la herramienta, como puede verse en las grabaciones que también forman parte del acervo probatorio.

El testigo Andrés Felipe Fernández de Castro, quien formaba parte del equipo de **PARTNERS**, manifestó respecto de dichas sesiones de capacitación que sí participó en ellas, y aclaró lo siguiente: *"Sí, de la del 13 de diciembre y la del 16 (...) Las dos sesiones fueron metodologías un tanto diferentes, en la primera sesión que fue la del viernes 13 de diciembre, fue una sesión por supuesto dirigida a todos los participantes, estábamos los equipos de los 4 participantes, y en principio en esa sesión, nos dieron unas pautas generales de cómo iba a operar la plataforma a través de la cual se iban a presentar las propuestas (...) nos iban dando la capacitación un poco de cómo utilizar el sistema, esa fue una sesión de todo el día obviamente teníamos la posibilidad de hacer preguntas, de plantear inquietudes, y pues tener un primer acercamiento con el programa"*.

Preguntado el testigo Barrera sobre si en las sesiones de capacitaciones que se realizaron para el uso de la herramienta de la subasta participaron todos los operadores, respondió: *"Sí participaron todos"*. Además, preguntado sobre si los participantes de **PARTNERS** fueron certificados en el uso de la herramienta utilizada en la subasta, contestó que *"Todos los participantes de todos los operadores que asistieron a la subasta se encontraban certificados"*.

También quedó probado en la presente actuación que las ofertas venían firmadas digitalmente, frente a lo cual manifestó el testigo Barrera que el propósito de exigir dicha firma digital en la oferta era *"Garantizar la veracidad de la oferta y el no repudio de la misma"*.

En ese mismo sentido, el testigo Fernández de Castro afirmó frente a los efectos de la firma digital lo siguiente: *"Pues la firma digital era la manera a través de la cual se manifestaba la voluntad de los participantes"*.

⁶ Disponible en: http://micrositios.mintic.gov.co/asignacion_espectro/pdf/informe_partners.pdf

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Con base en lo anterior, para este Ministerio es claro que (i) las reglas del evento de subasta fueron conocidas previamente por todos los participantes de la misma; (ii) todos los participantes conocían el funcionamiento de la herramienta, pues como lo manifestaron los testigos y se evidencia en los videos que obran en el expediente, tuvieron dos extensas capacitaciones para tal fin; (iii) los participantes eran conscientes de que toda oferta insertada en la herramienta debía ser firmada digitalmente, ya que era este mecanismo el que la dotaba de validez y de la condición de no repudio.

En conclusión, toda oferta realizada dentro del marco del evento de subasta el día 20 de diciembre de 2019 fue válida, y por tanto, produjo todos los efectos jurídicos derivados de esa condición.

Para finalizar, respecto de la alegación de **COMCEL** sobre la imposibilidad de revocar la oferta, se deben hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es preciso hacer notar que el artículo 846 del Código de Comercio no resulta aplicable en el caso concreto del evento de subasta objeto de la presente actuación, pues lo cierto es que las reglas relativas a la presentación de la oferta y a los efectos de su retracto se rigen por una normativa propia, contenida en la Resolución 3078 de 2019, la cual contiene las reglas especiales de este procedimiento administrativo y que desarrolla los principios consagrados en las Leyes 1341 de 2009 y 1978 de 2019.

Ahora bien, sólo en gracia de discusión, si se entendiera que la oferta presentada por **PARTNERS** puede ser asimilada al negocio jurídico unilateral al que se refiere el artículo 846 del Código de Comercio, debe hacerse notar que el entendimiento que **COMCEL** le da a esa norma resulta ciertamente contrario a su contenido integral. En efecto, el artículo 846 prevé que *"la propuesta será irrevocable"* y que *"una vez comunicada no podrá retractarse el proponente y la citada norma también señala, a continuación, que la revocación de la oferta se hace "so pena de indemnización de los perjuicios que con su revocación cause al destinatario", lo cual implica que es posible la retractación, pero con el efecto de que la oferta deje de producir efectos y, a la vez, que el oferente deba indemnizar los perjuicios causado al destinatario, esto es, que "el proponente puede retractarse pagando la indemnización del caso"*. Para el caso concreto, conforme estaba claramente establecido en el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019, el retiro de la oferta implica el pago del valor de la garantía de seriedad, sin perjuicio de acudir ante la jurisdicción, en un momento posterior a reclamar mayores perjuicios, en caso de considerar que existen.

Con ello, queda claro que no resulta aceptable el argumento de la irrevocabilidad absoluta planteado por **COMCEL** en su recurso.

2.4.2. Las consecuencias del retiro de la oferta van más allá de la garantía de seriedad de la oferta

Manifestó **COMCEL** que la decisión adoptada en la Resolución 322 de 2020, desconoce la protección del patrimonio público, porque *"ignoró que una vez adelantada la subasta contaba con un compromiso que legitimaba a la Nación para recibir \$ 1.747.717.773.451, suma que se tendría como herramienta para cerrar la brecha digital"*. Así mismo indicó que, la renuncia de **PARTNERS**, *"(...) afecta la seguridad jurídica de este y futuros procesos, al tiempo que promueve un trato desigual con sus competidores. Lo mas (sic) importante, como consecuencia de dicho supuesto 'error' uno (sic) de los bloques, que eran necesarios para aumentar la conectividad del País, se quedó sin asignación"*.

Señaló que, con la decisión recurrida el Ministerio renunció a la facultad consagrada en el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019, para la reclamación de mayores perjuicios no cubiertos por la garantía de seriedad de la oferta, sumado a que no motivó la decisión frente a la determinación de los perjuicios. Agregó que dicha actuación desconoce lo previsto en el numerales primero de los artículos 2 y 17 de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019.

Puso de presente que, la renuncia por parte de un participante a uno de los bloques subastados *"trunca la posibilidad de que otro operador hubiera sido asignatario del mismo"*, y que debió ser tenido en cuenta por el

⁷ PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA. "Formación del contrato", en *Derecho de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, p. 394. Igualmente, cfr. JORGE SUESCÚN MELO. *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, 2ª ed. Bogotá, Legis, 2003, p. 68

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Ministerio para tomar la decisión de emprender las reclamaciones de más perjuicios relacionados con la conectividad del país en zonas marginales, y no limitarse a la garantía de seriedad de la oferta.

Consideraciones del Ministerio

Como se señaló en la Resolución recurrida, la manifestación de **PARTNERS** corresponde a un retiro de la oferta, situación que fue contemplada en el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019 como una de las causales para hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta. Ahora bien, al tratarse de un evento que había sido contemplado, el monto de los perjuicios que pudieran derivarse de ese y otros eventos fue valorado en CUARENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$42.000.000.000).

El Ministerio, con base en las valoraciones que expertos de la entidad realizaron durante las etapas previas al correspondiente procedimiento administrativo de asignación, determinó que la suma de CUARENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$42.000.000.000) correspondía a una liquidación anticipada de perjuicios que pudieran derivarse de la materialización de los eventos contemplados en el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019, y por lo tanto, ese era el valor que se debía garantizar para amparar los ofrecimientos que se hicieren en la subasta, como consecuencia de lo cual no era posible retractarse de ninguno de ellos, sin que se hiciera efectiva la garantía de seriedad de la oferta como indemnización de perjuicios determinada en el monto anteriormente señalado.

Así las cosas, mediante el cobro del valor de la garantía de seriedad, el Ministerio contrarresta las consecuencias nocivas que se derivan del retiro de la oferta de **PARTNERS**, que se materializa en la imposibilidad de asignar ese bloque del espectro dentro del proceso de subasta iniciado por medio de la Resolución 3078 de 2019, aunque no de manera absoluta, pues simplemente supone posponer el ingreso del valor de explotación de ese bloque al patrimonio del Estado y en la necesidad de adelantar un nuevo procedimiento de selección objetiva para asignarlo. Esa era la consecuencia prevista en la Resolución para el retiro de la oferta, tal como se ha explicado y, en todo caso, es claro que el Estado conserva el espectro para realizar una nueva asignación de permisos de uso de este recurso escaso.

Se debe recordar que el valor ofertado únicamente es exigible para el participante cuando se adopta la Resolución de asignación del permiso de uso del espectro, condición que en este caso aún no se dio. Por esta razón, no se puede afirmar que existe un detrimento por parte del Ministerio a no percibir esta suma. Se insiste que el permiso de uso sobre esta porción de espectro aún puede ser asignada más adelante mediante un nuevo procedimiento.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro entonces que dicha garantía tiene la vocación de indemnizar los perjuicios causados, entre otros eventos, con el retiro de las ofertas por parte de los participantes de la subasta. Por supuesto, únicamente los perjuicios que pueden ser indemnizados en sede administrativa y sin perjuicio de la posibilidad de que el Ministerio ejerza más adelante, si así lo considera pertinente y tiene los soportes probatorios para hacerlo, una acción judicial en contra de **PARTNERS**.

En efecto, la Resolución 3078 de 2019 previó y calculó las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones legales asumidas por los participantes en el procedimiento de asignación, y el Ministerio, con sometimiento a lo previsto en ella, procedió a declararlas en el marco de sus competencias y sin perjuicio de la posibilidad de eventualmente acudir al juez.

El valor de la garantía de seriedad previsto en la Resolución 3078 de 2019, esto es, la suma de \$42.000.000.000, fue estimada como adecuada para cubrir todos los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por **PARTNERS**, conforme se manifestó en la Resolución 322 de 2020:

"Al respecto, se observa que el valor garantizado para los eventos previstos en el artículo 10, incluyendo el retiro de la oferta, en los términos explicados, era de \$42.000.000.000, razón por la cual este Ministerio entiende aplicable esta cifra como valor de la indemnización de los perjuicios causados.

En otras palabras, dado que el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019 preveía que el retiro de la oferta daría lugar al cobro de la garantía presentada; que el valor de la garantía fue previsto en la suma de COP 42.000.000.000, y que Partners, aunque usando la expresión 'renuncia', estrictamente hizo un retiro de la oferta para uno de los bloques, hay lugar al cobro de la garantía por el valor total por el cual fue otorgada".

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

De otra parte, tampoco es cierto que se hubiese truncado la posibilidad de que otro operador pudiera ser asignatario de ese bloque de espectro, pues ese recurso sigue estando en manos del Estado, quien podrá adelantar otro proceso de selección objetiva para asignar permisos de uso sobre ese y otros bloques de espectro que no fueron asignados en el evento de subasta del 20 de diciembre de 2019.

En conclusión, la situación de retiro de la oferta fue contemplada y sus efectos valorados al estructurarse el proceso de selección objetiva que nos ocupa; en ese proceso de estructuración se tuvieron en cuenta las observaciones de todos los interesados, y todos los participantes estuvieron de acuerdo con que, en caso de retirar su oferta, se les hiciese efectiva la garantía de seriedad de la misma, sin perjuicio de la posibilidad de acudir ante el juez para hacer el cobro de los perjuicios adicionales.

2.5. Argumentos del recurso interpuesto por PARTNERS y análisis del Ministerio

Solicitó **PARTNERS**, en su escrito contentivo del recurso de reposición, y en escrito adicional presentado el 7 de mayo de 2020, como peticiones principales: (i) que se revoquen integralmente los artículos segundo, tercero, cuarto y quinto de la Resolución 322 de 2020; (ii) que se declare que **PARTNERS** no ha incumplido el literal b) del artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019; (iii) que no está obligado al reconocimiento y pago de los perjuicios de que trata el artículo 3 de la Resolución 322 de 2020; y (iv) que se niegue a **COMCEL** la calidad de tercero interesado en la presente actuación particular.

Como peticiones subsidiarias solicitó: (i) reducir el valor de los artículos tercero y cuarto de la Resolución 322 de 2020 hasta un máximo del 12.5% del monto total del valor de la garantía de seriedad de la oferta; y (ii) adelantar el procedimiento con el fin de establecer la culpabilidad, responsabilidad y cuantificación de los perjuicios contra **PARTNERS**.

En sustento, expuso los siguientes argumentos de defensa:

2.5.1. COMCEL no acreditó el interés legítimo para intervenir en la actuación administrativa

PARTNERS reiteró la solicitud de excluir a Comcel de la presente actuación administrativa. Indicó que, de las tres condiciones previstas en el artículo 38 de la Ley 1437 de 2011, no se cumplen con la primera y tercera dado que no se trata de una actuación sancionatoria, ni tampoco de una actuación administrativa en interés general. Respecto de la segunda condición, manifestó que **COMCEL** no demostró la afectación a sus derechos o situación jurídica con la actuación administrativa y ni con las decisiones que el Ministerio adoptara sobre el particular, aunado al hecho de que al momento de la renuncia de **PARTNERS** ya había formulado ofertas exitosas para obtener los permisos de uso del espectro radioeléctrico.

Consideraciones del Ministerio

Debe indicarse que a la luz de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 1437 de 2011, la decisión sobre el reconocimiento de **COMCEL** como tercero interesado proferida en la Resolución 322 de 2020, no es susceptible de ningún recurso, pues simplemente es la ratificación de lo señalado antes en un acto administrativo de trámite en el cual el Ministerio ordenó la vinculación de dicho sujeto al procedimiento administrativo. Por tal razón, la solicitud de **PARTNERS** es improcedente.

2.5.2. La resolución adolece de una indebida identificación del obligado

Indicó **PARTNERS** que la Resolución 322 de 2020 no identificó de forma correcta el sujeto de la actuación administrativa particular, dado que, mientras el acto administrativo 210 de 2020 vinculó como parte interesada a **PARTNERS**, sociedad con domicilio del Luxemburgo, en la Resolución 322 de 2020, la persona respecto de la cual se predica la decisión administrativa es la sociedad **PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. (PTC)**, sociedad constituida en Colombia. En este orden consideró que PTC debe ser excluida de los efectos y decisiones de la mencionada resolución porque nunca participó del proceso de subasta, no otorgó la garantía de seriedad de la oferta, no formuló ofertas, ni presentó la renuncia del 2 de enero de 2020, en tanto para la fecha, la sociedad no existía.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Consideraciones del Ministerio

Sobre este particular, es preciso recordar que la situación descrita se debió a un error de digitación contenido en la Resolución 322 de 2020, como también lo reconocieron en el recurso presentado, el cual fue corregido a través de Resolución 719 del 28 de abril de 2020 a la luz del artículo 45 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de que, donde dice "PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 901354361-1" y donde se dice "PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.", debe entenderse que se trata de **PARTNERS**, con lo cual queda claro que la actuación administrativa mediante acto administrativo 210 de 2020 y decidida mediante la Resolución 322 de 2020, vincula únicamente a **PARTNERS**, sociedad con domicilio en Luxemburgo, quien fue la que presentó la oferta y la retiró mediante la manifestación de voluntad presentada en enero de 2020.

2.5.3. La Resolución 322 de 2020 es nula por cuanto la oferta no fue válida por vicio de consentimiento por error

Relató el recurrente que el 20 de diciembre de 2019, día en que se llevó a cabo el evento de subasta, y el 2 de enero de 2020 informó que la oferta de la segunda secuencia del bloque de 10 MHz de la banda de 2500 MHz no había sido válida por un error que viciaba su consentimiento, el cual se fundamentó en una "inconsistencia de la cifra digitada para dicha secuencia que implicaba un valor ofertado diez (10) veces más alto que el valor de reserva del bloque" lo que constituía una "anomalía que imponía ser observada por el responsable del procedimiento de subasta, además de no corresponder la cifra digitada con el valor que **PARTNERS** había decidido y pensado ofrecer por el bloque". Agregó que la cifra representa una diferencia muy alta en relación con el valor que había considerado ofrecer, con el valor del mercado y con el que creía de buena fe había ofertado, por lo que dicho error de digitación no puede generar ninguna obligación ni comprometer a **PARTNERS** de forma alguna.

Adicionalmente, **PARTNERS** destacó en su pronunciamiento frente a los testimonios practicados los días 4 y 5 de mayo del presente año, que de ellos se infiere que la instrucción era hacer una oferta de aproximadamente 50 millones de dólares en la segunda secuencia para el bloque de 10 MHz en la Banda de 2500 MHz y nunca la de digitar una suma de 500 millones de dólares, circunstancia que puede corroborarse con la revisión de los videos y grabaciones de la Sala y las anotaciones efectuadas por el equipo de **PARTNERS**. Así mismo, en su entender se probó que los participantes de **PARTNERS** no fueron conscientes ni conocieron del error involuntario y sólo conocieron del mismo una vez culminadas todas las secuencias y rondas de la subasta, después de abandonar la sala individual para la subasta, aproximadamente a las 9:00 pm del 20 de diciembre de 2019 y "por intermedio de otros competidores que también encontraron la oferta fuera del mercado".

Señaló que lo dicho por los testigos confirma que el error fue informado a los administradores del evento de subasta y funcionarios del Ministerio, lo cual se reafirma con el correo electrónico enviado al Ministerio la noche del 20 de diciembre de 2019, destacando también que el mismo no obedeció a una estrategia con el ánimo de renunciar posteriormente al bloque de espectro de la segunda secuencia del evento de subasta.

Desde el punto de vista económico de la oferta, manifestó que se demostró que el valor ofertado no tenía ninguna "racionalidad o explicación y estuvo por fuera del 'governance' facultad e instrucción que les había sido conferido", además de ser notoriamente superior a cualquier otra oferta recibida por el Ministerio o realizada por **PARTNERS**.

Respecto de lo declarado por los administradores de la subasta, manifestó que se probó que en ningún escenario de la subasta se consideró que un proponente pudiera ofertar por un valor diez (10) veces superior al valor de reserva de bloque en puja, que los dos administradores de la subasta "fueron conscientes y reconocieron que ordenaron hacer una anotación especial en la bitácora a las 11:41 sobre el monto de la oferta presentada por Partners", que uno de ellos relató que la oferta era "inusual" por lo que podría tratarse de un posible error, que los dos consideraron que no debían tomar ninguna medida tendiente a suspender la subasta o corroborar o verificar el monto a sabiendas de que estaban facultados para suspender la subasta. También recalcó que los administradores sabían que "cualquier error" no podía corregirse porque la plataforma no disponía de la forma de hacerlo y que tenían la posibilidad de comunicarse por teléfono con los participantes.

Asimismo, afirmaron que "[d]el mismo modo quedó demostrado qué fue la Plataforma dispuesta por el Ministerio para la subasta, la que por instrucción y decisión de los administradores la que generó de manera automática y aleatoria la contrapropuesta económica correspondiente al segundo valor que se presentó en la primera ronda para la aceptación de Partners en dicha secuencia. Es decir, Partners no incluyó ningún número por segunda vez

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020”

y la contraoferta con el nuevo valor fue lanzada por el Ministerio a Partners siendo el Ministerio consciente que la cifra ofertada por el Ministerio a Partners era similar a 500 millones de dólares. Desde luego, está probado que los administradores conocieron que una cifra económica superior a un mil por ciento (1000%) como anotó el Ministerio en la bitácora lleva implícito a que la plataforma dispuesta por el Ministerio a su vez genera un valor aleatorio superior a la inusual oferta recibida y se lo ofertar a ese nuevo valor a Partners”.

Adicionalmente, manifiesta que “PARTNERS está comprometido a honrar los compromisos y obligaciones derivadas de su participación de la subasta, incluyendo aquellas que se deriven de la renuncia al bloque de 10MHz en el bloque de 2500MHz asignado durante la segunda secuencia de la subasta, en los términos establecidos por el Ministerio.”

Consideraciones del Ministerio

Como se mencionó en un apartado anterior, para este Ministerio las ofertas presentadas dentro del evento de subasta acontecido el 20 de diciembre de 2019 fueron válidas, toda vez que cumplían con los requisitos establecidos en la Resolución 3078 de 2019 para ello.

Adicionalmente, no existe en el expediente prueba alguna sobre existencia de dudas respecto del acto jurídico que resulta del proceso de asignación de permisos de uso del espectro radioeléctrico, esto es, asignaciones particulares de permisos de uso del espectro que recaen, cada uno, sobre bloques de espectro radioeléctrico en las bandas de 700 MHz, 1900 MHz y 2500 MHz, cada permiso sobre cada bloque, que se materializan en Resoluciones. Así como respecto del hecho de que, en efecto, la subasta correspondía a bloques de espectro radioeléctrico en las bandas de 700 MHz, 1900 MHz y 2500 MHz.

De otra parte, no puede perderse de vista que la presentación de una oferta económica dentro de un procedimiento de subasta revela un acto unilateral voluntario por parte del oferente privado, acto voluntario respecto el cual se predicen las cargas propias del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En efecto, como se reconoce expresamente en el recurso interpuesto, dichas cargas fueron desconocidas en la medida en que el ejecutor de la supuesta instrucción del valor a ofertar lo hizo sin la verificación rigurosa del valor ofertado, verificación que era perfectamente posible dentro del sistema, lo cual fue oportunamente explicado en las reuniones previas al evento de subasta. Así, no cabe duda que, especialmente, fue desconocida la carga de diligencia por parte de los representantes de **PARTNERS**, quienes no tuvieron el cuidado suficiente en la determinación del valor ofertado, lo cual jamás puede entenderse como un error que vice el consentimiento, pues no parte de un engaño o de una indebida representación de la realidad, sino de la incorrecta ejecución de una orden por parte de los representantes, asunto que atañe a la relación privada entre ellos y que no puede entenderse que pueda tener efectos sobre el Ministerio.

Como se desprende de los testimonios practicados, **PARTNERS** no fue objeto de fuerza, violencia, coacción o engaño al momento de presentar la oferta, confirmarla y posteriormente suscribir el acta de cierre, previo conocimiento del informe que contenía los valores de las ofertas y los ganadores de cada bloque, documento que los participantes conocieron tan pronto terminó el evento de subasta.

Preguntado el testigo Julián Gómez si le constaba si los representantes de **PARTNERS** que acudieron a la subasta fueron objeto de algún tipo de fuerza, violencia o engaño durante el proceso, contestó: *“No, que yo haya visto que hayan sido objeto de violencia o engaño, no”.*

Al preguntarle si sabía si al momento de presentar la oferta y su confirmación fueron objeto de algún tipo de engaño en ese momento, contestó: *“No, yo no vi, no los podía ver, luego no me consta qué haya pasado al interior de la sala. Pero lo que yo vi fue que llegaron las ofertas”.*

En el mismo sentido, el testigo Jorge Guillermo Barrera, preguntado sobre si tuvo conocimiento que **PARTNERS** fue objeto de algún tipo de fuerza, violencia, coacción o engaño, durante el proceso de la subasta, respondió: *“No, de ninguna manera”.*

Así también respondió el testigo Andrés Felipe Fernández de Castro Muñoz, quien preguntado sobre si tenía conocimiento que la compañía **PARTNERS** fue objeto de algún tipo de fuerza, violencia o engaño durante el proceso de la subasta de los 3 bloques de la banda de 2500, afirmó: *“No que yo sepa”.*

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Adicionalmente, preguntado sobre si se ejerció alguna fuerza o coacción para que los participantes suscribieran el acta de cierre, respondió: *"No se ejerció absolutamente ninguna presión ni nada por el estilo"*.

Sobre los efectos de la firma digital también se manifestó el testigo Andrés Felipe Fernández de Castro Muñoz. Preguntado sobre si conocía los efectos de la firma digital plasmada en la oferta dentro de la subasta, respondió: *"Pues la firma digital era la manera a través de la cual se manifestaba la voluntad de los participantes"*. Por último, preguntado el testigo sobre si la oferta de **PARTNERS** por valor de 1,7 billones de pesos en la segunda secuencia por el bloque de 10 MHz en la banda de 2500 MHz contó con la firma digital, respondió que *"Todas las ofertas, intermedias y finales, contaron con las firmas de cada uno de los oferentes"*, y respecto de la finalidad de dicha firma digital, manifestó que su propósito era *"Garantizar la veracidad de la oferta y el no repudio de la misma"*, y añadió que por el no repudio de la oferta entendía que obedecía a *"(...) las reglas de la firma digital y la vinculancia (sic) que tiene la firma digital"*.

De las anteriores manifestaciones se concluye que todas las ofertas presentadas contaron con la firma electrónica que las dotaba de validez, como fue fijado en la Resolución 3078 de 2019 e informado en las sesiones de entrenamiento, y también que fueron presentadas de manera libre y espontánea, sin ningún tipo de coacción que pudiera haber viciado el consentimiento de dicho participante. Al respecto, debe precisarse que el incumplimiento o el desentendimiento de la instrucción es un asunto propio de la relación interna entre los representantes del proponente, sin que ello pueda ser suficiente para entender que la manifestación de voluntad hecha tiene un contenido libre y espontáneo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el equipo que presentó la oferta estuvo conformado por expertos en telecomunicaciones, y específicamente en subastas de espectro con experiencia internacional, expertos en tecnologías de la información, economistas, el CEO de la operación, entre otros, era un equipo de seis (6) personas, de acuerdo con las reglas fijadas en la Resolución 3078 de 2019, quienes participaron en el proceso volitivo que se vio reflejado en las ofertas insertadas en la herramienta.

Así lo manifestó el testigo Julián Gómez, quien además se refirió al análisis que en su momento hizo sobre la validez de la oferta de **PARTNERS**, en los siguientes términos: *"(...) en la sala de PARTNERS había un grupo de personas que son absolutos expertos de industria. Habían (sic) consultores que son expertos en valoración de espectro, estaban los directivos de la empresa que conocen el negocio de telecomunicaciones y que han operado en varios países, entonces... Primer elemento a considerar; hay un grupo de personas que se entiende que saben lo que están haciendo. Segundo elemento a considerar: y tuvieron una capacitación. Los que están haciendo la oferta saben cómo funciona la plataforma. Tercer elemento a considerar: antes de enviar la oferta, y de firmarla digitalmente, la plataforma les presentaba en pantalla un aviso donde le decía usted está ofertando por la banda de 2500 MHz y está ofertando equis cantidad, la que dijera ahí ¿Usted está seguro que lo quiere enviar? Entonces uno tenía que decir sí señor, estoy seguro, aceptar. Entonces pues digamos que eso era una, digamos, evidencia muy fuerte para el análisis que yo hice en ese momento respecto a que quien estaba haciendo eso no solamente era un experto y debería de tener conciencia sobre la oferta que estaba haciendo, sino que además de eso se le estaba dando la oportunidad de que revisara el valor que iba a ofertar. Y por otro lado, suponiendo que se fuera a dar un error, que hubiera un error, suponiendo que el error se fuera a manifestar, eso debería de ser absolutamente visible cuando llegara en la siguiente ronda el valor actualizado por el software, donde le decía ahora usted va a ofertar lo mismo que me dijo antes, pero le voy a incrementar un número aleatorio entre uno y diez por ciento. Y eso era un valor pues muy alto, un valor como de uno punto siete billones. Y esa oferta también la aceptaron, también la firmaron digitalmente, también la enviaron y también escuché la celebración de PARTNERS en el momento en el que la ganó. Es decir, yo no podía llamar a PARTNERS a decirle ¿usted por qué considera que su valoración del espectro es tan alta? Porque yo no tengo los elementos de juicio para conocer ni su estrategia ni su plan de negocios. Luego, más adelante, PARTNERS ha dicho que se equivocó, bueno, pudo haber sido un error, pero habían (sic) muchos mecanismos de verificación y en la media hora que nosotros tuvimos para tomar una decisión estas fueron las consideraciones que hicimos y nos pareció que era muy claro pues que habían demasiados elementos para indicarnos que estábamos recibiendo una oferta válida por un recurso que es de la Nación"*.

Lo anterior se refuerza con lo manifestado por el testigo Fernández de Castro, quien preguntado sobre si se tenía establecido algún protocolo al interior del equipo de **PARTNERS** para la presentación de la oferta en la segunda secuencia por el bloque de 10 MHz en la banda de 2500, respondió:

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

"No lo teníamos documentado, pero durante la sesión de la mañana, es decir, la relativa durante la cual transcurrió la secuencia 2, como les decía antes había 2 computadores. En el computador 2 estaba Aycardi Veloza manejando unos documentos de Excel y la USB que había que eventualmente incluir en el computador 1. Juan Crosta estaba un poco entre el computador 1 y 2 manejando todas las cifras y mi rol era en principio y en lo que correspondió con la segunda secuencia meter el token que es una USB meterla en el computador e ingresar una contraseña. Obviamente había discusiones en temas de precio en las cuales yo no participaba, entonces ese es un tema que lideraba Chris Bannister con su equipo que venía de afuera, que estructuró financieramente la propuesta.

Adicionalmente, afirmó que su participación en la sala era la siguiente: *"Mi rol era exclusivamente ingresar la contraseña del token de la firma digital que daba Certicámara que es un token de 4 dígitos, eso se ponía en el último momento en un popup en el cual no recuerdo que apareciera el valor de la oferta, solamente salía como usted confirma y mete la contraseña. Juan Crosta era la persona encargada de diligenciar o ingresar el número en la segunda secuencia al menos con el soporte que tenía de su equipo quien era con quien hacía las conversiones de la moneda. Efectivamente, bajo la errada concepción que tuvimos en el momento de hacer la oferta, se presentó la oferta tanto en la ronda preliminar como en la primera ronda".*

De las manifestaciones transcritas se concluye que (i) existía un equipo de expertos que se encargaban de formular y consignar en la herramienta la oferta de **PARTNERS**; (ii) las funciones de cada miembro del equipo estaban definidas, pese a que no existía un protocolo o documento en el que se detallaran expresamente; (iii) no existe entre los testigos, participantes en la sala de **PARTNERS**, claridad respecto de quién digitó el valor de la oferta objeto de renuncia por **PARTNERS**, ni quien la confirmó, pese a que el testigo Fernández de Castro manifestó que su función era ingresar la contraseña del token, esto es, firmar electrónicamente la oferta que era enviada. Al respecto, verificado el video de la sala del participante, este Ministerio encuentra que los miembros de la sala de **PARTNERS** observaron el contenido de la oferta, previo a su envío y con posterioridad, durante los minutos siguientes hasta la confirmación del resultado final de la secuencia en mención.

Con lo anterior queda claro que no hubo error que vicie el consentimiento por parte de **PARTNERS**, sino que, por el contrario, este tuvo una clara voluntad de presentar la oferta por el monto final, aspecto que manifiesta la voluntad concreta de este participante. Al respecto, se insiste en que el desentendimiento interno de **PARTNERS** o la falta de cumplimiento de una supuesta instrucción no significa un vicio en el consentimiento ni un error en la oferta, pues de cara al exterior, esto es, de cara al Ministerio, el monto de la oferta fue presentado de manera libre y espontánea, más aún cuando lo fue por un experto a quien se le había explicado y conocía detalladamente el procedimiento de la subasta.

Se recuerda que el ejercicio de la autonomía de la voluntad comporta el cumplimiento de unas cargas, entre las cuales se destacan las que sirven para asegurar la validez del negocio y las que buscan evitar que los efectos del mismo se extiendan *"más allá de los confines previstos por la parte"*⁸; su inobservancia genera autorresponsabilidad, esto es, asunción de riesgos y por ende de los efectos adversos del negocio que no se realiza conforme con los cuidados y miramientos que incumben a cada sujeto negocial.

Por ello, antes de realizarse el evento de subasta este Ministerio analizó las diferentes circunstancias que se pudieran presentar en su ejecución y buscó reducir al máximo los riesgos derivados de ese estudio, lo que explica la existencia de las garantías de seriedad de la oferta y cumplimiento incluidas en la Resolución 3078 de 2019. De la misma manera, los participantes tenían la carga de anticipar los riesgos y las condiciones del evento de subasta que estuvieran en capacidad de vislumbrar. Incluso, este Ministerio en las sesiones de entrenamiento puso de presente que la oferta no podría ser repudiada, porque, precisamente, se contaba con dispositivos electrónicos y mecanismos de verificación para tal fin.

⁸ Emilio Betti, "Teoría General del Negocio Jurídico", Trad. A. Martín Pérez, Albolote Granada, Editorial Comares, 2010, p. 102: "Para evitar, luego, que la eficacia del negocio se extienda más allá de los confines previstos, incumbe a la parte un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía, desde luego, en su favor, pero también a su propio riesgo [...] Son libres los individuos de actuar en el sentido de su propio beneficio, según su criterio, pero las consecuencias eventualmente perjudiciales o dañosas de un uso torpe de la iniciativa desarrollada, están sólo a cargo de ellos".

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Por supuesto que, si estamos frente a un profesional que conoce su arte u oficio⁹, como es el caso de los integrantes del equipo de **PARTNERS** que participó en la subasta, el nivel de previsibilidad que se exige es superior, habida cuenta que para cumplir con el estándar de un buen hombre de negocios se espera que haga uso de la técnica que domina, las herramientas que conoce y la experiencia que tiene para anticiparse a diferentes riesgos y vicisitudes que un lego no podría prever en condiciones normales.

Por los anteriores motivos, para el Ministerio es claro que la oferta de **PARTNERS** es válida, en tanto fue realizada en ejercicio pleno de sus facultades, por lo que podía determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, como expresión de su autonomía de la voluntad.

En cuanto a la situación acontecida respecto del ingreso del valor de la cifra, teniendo en cuenta la confirmación de la oferta, la no revisión de la misma al confirmarla, ni la existencia de manifestación alguna al momento de hacerla, aunada al hecho de que fue un tercero, de acuerdo con lo manifestado por el testigo Juan Ignacio Crosta, quien les informó de la cifra que habían ofertado para el bloque de 10 MHz de la segunda secuencia de la banda de 2500 MHz, se debe concluir que no hubo error, como pretende hacerlo ver **PARTNERS** alegando que fue el Ministerio quien impuso la segunda oferta, especialmente cuando era de público conocimiento el mecanismo dispuesto por el Ministerio para el evento de subasta y para la presentación de las diversas ofertas por los diversos bloques en la banda de 2500 MHz, claramente descrito en la Resolución 3078 de 2019 y explicado en las audiencias llevadas a cabo para tal fin¹⁰.

Ahora bien, como corolario de este aparte, más allá del análisis que pueda hacerse del proceso de formación de la voluntad de **PARTNERS** que se vio reflejado en una oferta, al tratarse de una oferta válida, como se ha manifestado en varias oportunidades, la comunicación de **PARTNERS** objeto de estudio consiste en una decisión de retirar la oferta presentada, que tiene consecuencias según las reglas del evento de subasta dentro del cual se formuló, y a cuya aplicación se limita la presente actuación administrativa.

2.5.4. La Resolución es nula por falsa motivación

- No se acreditó el supuesto incumplimiento

Consideró que la renuncia no está consagrada en la Resolución 3078 de 2019 como uno de los eventos que originan el reclamo de la garantía de seriedad de la oferta. De esta manera, consideró como una falsa motivación "que se le haya probado a **PARTNERS** un supuesto incumplimiento en cuya virtud se pretende hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta".

Consideraciones del Ministerio

Como se manifestó en la Resolución recurrida, para este Ministerio la afirmación realizada por el participante **PARTNERS** mediante comunicación con radicado 201000090 del 2 de enero de 2020 corresponde a la decisión de retirar la postura u oferta que presentó en la segunda secuencia por el bloque de 10 MHz de la banda de 2500 MHz después de vencido el plazo para presentación de ofertas, lo que tiene un impacto directo en la pérdida del derecho a ser destinatario del acto administrativo por medio del cual se asignaba dicho bloque. Esa situación configura un incumplimiento consistente en la ausencia de firmeza de la manifestación de voluntad frente a la propuesta presentada, después de haberse cerrado el plazo para la presentación de aquellas. Así se indicó en la Resolución 322.

Ahora bien, el retiro de la oferta está tipificado en la Resolución 3078 de 2019 como un evento para hacer exigible la garantía de seriedad de la oferta. En efecto, la Resolución 3078 de 2019 estableció como evento que hacía

⁹ Como no hay nadie mejor para conocer los avatares de su propia actividad que el mismo maestro de su oficio (*lex artis*), esa pericia genera una confianza, que deriva del principio de buena fe, y que se desarrolla en la creencia de que el profesional o experto se comportará de acuerdo con y respetará los cánones de la profesión o de la labor específica que desempeña con el debido cuidado que ello le merezca.

¹⁰ Al respecto vale la pena recordar que los participantes tenían la opción de verificar las ofertas antes de ser enviadas. Preguntado el testigo Jorge Barrera sobre la posibilidad de que los participantes en la subasta verificaran las ofertas presentadas antes de plasmar en ellas la firma digital, respondió: "Entendiendo el hecho mismo de escribir un número tener la posibilidad de verificar, pero no solo ese sino hechos posteriores que mostraban que el software permitía la posibilidad de verificar, la respuesta es sí, y no solo una vez sino varias veces se podía verificar la oferta que se realizaba". Analizado el funcionamiento del software, era claro que previo al envío de la oferta debía insertarse la cifra y aceptarla (primera verificación), para después proceder a firmar electrónicamente la oferta y enviarla (segunda verificación).

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

exigible la garantía que todos los participantes debían presentar con la solicitud de asignación de permisos de uso del espectro radioeléctrico "el retiro de la oferta después de vencido el plazo para la presentación de ofertas" (literal b del artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019). Esta garantía fue definida como obligatoria dentro del proceso regido por la Resolución 3078 de 2019, tal como consta en el documento soporte elaborado por este Ministerio, porque se analizó que, dentro de los riesgos a amparar, existía la posibilidad de que las ofertas no fueran honradas y, aunque de ninguna manera ello se autoriza en la Resolución, la debida planeación y protección de los intereses del Estado hizo imperiosa la definición de una garantía ante la eventual materialización de estos eventos.

Adicionalmente, la Resolución 3078 de 2019 previó que, para hacer efectiva la garantía, se debía cumplir lo siguiente: "(...) A petición del Ordenante, nosotros BANCO SANTANDER DE NEGOCIOS COLOMBIA S.A. (...), expedimos la presente Garantía de Seriedad de la Oferta (en adelante la "Garantía"), de manera irrevocable y a primer requerimiento, comprometiéndonos a pagar el importe máximo que no exceda de CUARENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESOS (COP42.000.000.000) tras la radicación de un escrito de reclamación del Beneficiario, el cual deberá estar debidamente firmado por el Representante Legal de éste y deberá indicar que el monto solicitado es pagadero bajo esta Garantía, acompañado de: (i) el Certificado de Existencia y Representación Legal del Beneficiario, (ii) el documento Original de esta Garantía y (iii) el acto administrativo en firme que declaró el incumplimiento del Ordenante" (Resaltado fuera de texto).

- **No se acreditó el daño por la presentación de la renuncia**

Expuso **PARTNERS** que no se justificó, explicó o probó ni el hecho constitutivo del incumplimiento, ni las consecuencias, daños o perjuicios causados al Ministerio "por el ejercicio de **PARTNERS** de su derecho a renunciar a presentar una oferta". Agregó que dicha omisión probatoria es contraria a la Resolución 3078 de 2019 que establece que el Ministerio hará efectiva la garantía de seriedad de la oferta "como indemnización de perjuicios", los cuales no fueron demostrados.

Adujo que, si el riesgo asegurable con la garantía de seriedad de la oferta era la "presencia válida de **PARTNERS** en una o más de las ofertas", este nunca se materializó, porque efectivamente participó en una o más ofertas.

Insistió en que la renuncia al bloque en comentario no implica una pérdida para la Nación o una contingencia para la asignación de dichas frecuencias porque el Ministerio "pudo haber salvado el inconveniente presentado en el curso del procedimiento" optando por reabrir la segunda secuencia de la subasta y así "corregir el inconveniente presentado". Pero como no lo hizo, el Ministerio tiene la posibilidad de realizar una nueva subasta para la asignación del bloque. Con base en lo expuesto, sostuvo que "no es razonable que la omisión del MinTIC de abrir una nueva subasta sea la causa generadora de un daño atribuible a **PARTNERS** (...)".

Consideraciones del Ministerio

Tal como se estableció en la Resolución recurrida, la manifestación hecha por **PARTNERS** configuró el retiro de la oferta, en este caso del bloque de 10 MHz de la banda de 2500 MHz de la segunda secuencia de la subasta, situación que fue contemplada dentro de la Resolución 3078 de 2019, como una de las causales para hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, cuyo valor garantizado asciende a la suma de CUARENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$42.000.000.000).

Como quedó claro en el acápite 2.4.2. del presente acto administrativo, el Ministerio estableció un valor estimado como el monto al que ascenderían los perjuicios en caso de configurarse alguna situación de las contempladas en el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019. Es claro que el Ministerio, como entidad encargada de la estructuración del proceso, podía incluir una figura de valoración anticipada de perjuicios para ciertos casos, como de hecho lo hizo, guardándose, eso sí, la posibilidad de reclamar perjuicios adicionales vía judicial en caso de considerarlo necesario.

Teniendo en cuenta lo anterior, no debe probarse el monto del perjuicio en tanto se trató de una valoración anticipada que fue aceptada por todos los participantes de la subasta de manera incondicional. Simplemente, al comprobarse la materialización de uno de los hechos que contemplaba una indemnización por el valor previamente establecido, se hace necesario cobrar la indemnización por el medio correspondiente y en caso de ser necesario hacer efectiva la garantía, que para el caso que nos ocupa es esta actuación administrativa.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Distinto es el caso de los perjuicios adicionales al valor amparado por la garantía, los cuales sí requerirían demostración efectiva por parte del Ministerio ante el juez competente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019.

Por lo tanto, se concluye que (i) se inició una actuación administrativa para establecer los efectos de una manifestación de voluntad de **PARTNERS** dentro del evento de subasta; (ii) en ella se estableció que la manifestación hecha por **PARTNERS** era un retiro de su oferta; (iii) el retiro de la oferta era un evento que generaba perjuicios; (iv) el monto de los perjuicios fue establecido de manera previa; (v) frente al monto existió aceptación por parte de **PARTNERS** al constituir la garantía de seriedad de la oferta y aceptar la totalidad de los términos contenidos en la Resolución 3078 de 2019, los argumentos de **PARTNERS** carecen de sustento, pues el daño queda acreditado con la materialización del retiro de la oferta, así como también el monto al que ascienden los perjuicios, pues estos fueron valorados de manera anticipada.

- **Se desconocieron las consecuencias de la renuncia como factor excluyente de responsabilidad**

Expuso **PARTNERS** que el Ministerio no tuvo en cuenta que la manifestación de renuncia se debe a un error evidente de digitación del valor a ofertar en el sistema de información dispuesto para ello, lo que constituye una causal para la exoneración del pago de la garantía de seriedad de la oferta, toda vez que no puede existir un beneficio a causa de un error ajeno.

Consideraciones del Ministerio

En respuesta a este punto es preciso remitirse a los argumentos expuestos en el numeral 2.5.3. de la presente Resolución, en los que se hace referencia a la inexistencia de un vicio en el consentimiento y a que no se configuró un error en términos jurídicos para invalidar el ofrecimiento hecho. Al respecto, como se indicó en la Resolución 322 de 2020, la oferta presentada por **PARTNERS** cumplió con las condiciones fijadas en la Resolución 3078 de 2019, por tanto, es válida.

2.5.5. La Resolución es nula por vulneración del derecho de defensa y debido proceso

Manifestó **PARTNERS** que el objeto de la actuación administrativa particular iniciada mediante el acto administrativo 210 de 2020 tenía como objeto determinar las consecuencias derivadas de la renuncia, pero no se trataba de imponer la exigibilidad de la garantía de seriedad de la oferta, pues en ningún momento se indicó que el objeto de dicho procedimiento era declarar el incumplimiento de las normas previstas en la Resolución 3078 de 2019, ni para determinar las consecuencias del presunto incumplimiento. En tal sentido indicó que, el cobro de ésta debía tramitarse por el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.

Consideraciones del Ministerio

Como lo manifiesta **PARTNERS**, el procedimiento administrativo se adelantó con el fin de establecer cuáles eran los efectos de la manifestación que ese participante hiciera respecto del bloque de 10 MHz de la banda de 2500 MHz de la segunda secuencia de del proceso para asignar permisos de uso del espectro radioeléctrico mediante subasta, evento realizado el 20 de diciembre de 2019, regida por la Resolución 3078 de 2019.

Igualmente, según se ha reiterado, la manifestación de **PARTNERS** constituyó un retiro de la oferta, y dicho retiro configuró incumplimiento de acuerdo con lo establecido en la Resolución 3078 de 2019 y que dicha situación generaba unos perjuicios, cuyo monto fue fijado con anterioridad para poder establecer el valor por el cual se debía constituir la garantía de seriedad de la oferta, por tanto, es evidente que el objeto de la presente actuación administrativa no ha variado. De hecho, como quedó establecido en el acto recurrido, la posibilidad de hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta se supedita a que "la sociedad **PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.**, identificada con NIT 901354361-1, no honre la obligación de pago ordenada en el artículo anterior [TERCERO] dentro del plazo definido".

Vale la pena recordar al recurrente que, precisamente, con el presente trámite de recursos contra la decisión que resolvió la actuación administrativa particular se le está garantizando el debido proceso y particularmente su derecho de defensa y contradicción

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Finalmente, es preciso indicar que el procedimiento aquí adelantado fue el previsto en el artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019, como condición de pago¹¹ de la garantía seriedad de la oferta, por tanto, contrario a lo señalado por el recurrente, se surtió el trámite pertinente.

A. Se negaron las pruebas solicitadas y se omitieron valorar las pruebas aportadas en la actuación administrativa.

Indicó que la decisión del Ministerio de negar la prueba solicitada por **PARTNERS** le imposibilitó demostrar hechos que corroboran el "error formal de digitación". Destacó que, oportunamente informó de lo sucedido al Administrador de la Subasta, pero como éste no adoptó ninguna medida que le permitirá a **PARTNERS** corregir el error, se vio obligado a presentar la renuncia al bloque. Puntualizó que, sin embargo, la Resolución 322 de 2020 no contiene una valoración de fondo sobre las pruebas que integran el proceso que demuestran que hubo manifestaciones oportunas sobre la ocurrencia de una equivocación y la necesidad de adoptar medidas para mitigarlas.

En ese sentido, expuso que la exigencia de la garantía de seriedad de la oferta prevista en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019, se refiere a un acto de retiro de la oferta, pero no comprende la "renuncia forzada de la misma", por tanto, no es procedente que, por la figura de la analogía, se apliquen las infracciones y consecuencias previstas para esta garantía.

Consideraciones del Ministerio

En respuesta a este punto es preciso recordar que, de conformidad con el artículo 168 de la Ley 1564 de 2012, las pruebas deben ser lícitas, pertinentes, conducentes y útiles, y en caso contrario se debe proceder con su rechazo. Previa a la expedición del acto administrativo 720 de 2020, en el que se decretaron algunas de las pruebas solicitadas por **PARTNERS**, se adelantó el análisis de la pertinencia, conducencia y utilidad de las mismas, estableciéndose que sólo se predicaban dichas características de los testimonios que en su momento fueron decretados y practicados, pues las pruebas documentales cuyo decreto se solicitó ya obraban en el expediente, y otras simplemente no existían.

En los testimonios decretados y practicados se hizo referencia a los hechos del supuesto "error formal de digitación" y quedó plenamente establecido lo acontecido en el evento de subasta durante esos instantes. También quedó claro que la manifestación de **PARTNERS** de retiro de la oferta no fue forzada, pues fue presentada de manera voluntaria, sin ningún tipo de coerción, como lo fueron también las ofertas en el evento de subasta.

En todo caso, frente a los hechos aludidos en este aparte por **PARTNERS**, una vez más debe remitirse a los argumentos expuestos tanto en el acto recurrido como en el numeral 2.5.3. de la presente Resolución, en los que se aclaran los hechos acontecidos con referencia a los videos y testimonios que obran en el acervo probatorio, se hace referencia a la inexistencia de vicios en el consentimiento, a la calidad de expertos de los integrantes del equipo de **PARTNERS** que participó en la subasta y se desarrolla lo referente al principio de autorresponsabilidad que deriva de dicha condición.

B. El supuesto incumplimiento no está previsto como obligación

Precisó **PARTNERS** que el incumplimiento declarado en el artículo segundo de la Resolución 322 de 2020, vulnera los principios de legalidad y tipicidad porque el acto de renuncia no está previsto como uno de los comportamientos que den lugar a la imposición de una sanción, de tal suerte que tampoco resulta sancionable, sobre todo si se tiene en cuenta que, si la ley permite la renuncia a los permisos de usos del espectro radioeléctrico sin que ello de lugar a la imposición de sanción alguna, con mayor razón se puede hacer uso de esa potestad antes de ostentar la calidad de asignatario.

¹¹ARTÍCULO 10. GARANTÍA DE SERIEDAD DE OFERTA.

(...)

f) **Condición de pago:** Una vez quede en firme el acto administrativo que declara el incumplimiento, previo al debido proceso administrativo adelantado en los términos de los artículos 34 y siguientes del CPACA.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Consideraciones del Ministerio

Para dar respuesta a esta alegación se recuerda que, de acuerdo con las reglas fijadas en la Resolución 3078 de 2019 y teniendo en cuenta la naturaleza constitutiva del permiso de uso del espectro radioeléctrico, el mismo sólo se entiende asignado una vez se haya proferido el acto administrativo de carácter particular que así lo ordena, lo cual, respecto del bloque de 10 MHz en la banda de 2500 MHz, no tuvo lugar, precisamente porque antes de la fecha dispuesta para ello en el cronograma de la Resolución 3078 de 2019, **PARTNERS** manifestó el retiro de la oferta y, por tanto, mediante la Resolución 322 de 2020 se resolvió no asignar el citado. Por tanto, desde el evento de subasta y hasta la expedición de los actos administrativos de carácter particular que asignan los permisos de uso, no existía un bloque o segmento de espectro que **PARTNERS** pudiera usar, pues hasta ese momento se había configurado la presentación de una oferta que fue superior a otra presentada por un participante distinto, que debería culminar con la asignación de ese bloque de espectro mediante acto administrativo de carácter particular, salvo que, como ya se indicó, ocurra alguna situación que no permita hacer la asignación.

De esta manera, se reitera que para este Ministerio la afirmación realizada por el participante **PARTNERS** mediante comunicación con radicado 201000090 del 2 de enero de 2020 constituye el retiro de la oferta que presentó en la segunda secuencia por el bloque de 10 MHz de la banda de 2500 MHz después de vencido el plazo para presentación de ofertas, lo que tiene un impacto directo en la pérdida del derecho a ser destinatario del acto administrativo por medio del cual se asignaba dicho bloque. Con ello incumplió la irrevocabilidad del ofrecimiento, de ahí la necesidad de aplicar la consecuencia prevista en la Resolución.

En efecto, el retiro (*renuncia*) de la oferta, al ser un supuesto indeseable pero posible, está tipificado en la Resolución 3078 de 2019 como un evento para hacer exigible la garantía de seriedad de la oferta en caso de no pagarse los perjuicios derivados de la misma, cuya condición de pago, como se indicó previamente, es la firmeza del acto administrativo que declara el incumplimiento, previo al debido proceso administrativo adelantado en los términos de los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, todo lo cual se hizo en desarrollo del presente procedimiento. En efecto, la Resolución 3078 de 2019 estableció como evento que hacía exigible la garantía que todos los participantes debían presentar con la solicitud de asignación de permisos de uso del espectro radioeléctrico "el retiro de la oferta después de vencido el plazo para la presentación de ofertas" (literal b del artículo 10 de la Resolución 3078 de 2019). Esta garantía fue definida como obligatoria dentro del proceso regido por la Resolución 3078 de 2019, tal como consta en el documento soporte elaborado por este Ministerio, porque se analizó que, dentro de los riesgos a amparar, existía la posibilidad de que las ofertas no fueran honradas y, aunque de ninguna manera ello se autoriza en la Resolución, la debida planeación y protección de los intereses del Estado hizo imperiosa la definición de una garantía ante la eventual materialización de estos eventos.

Por lo anterior, es claro que este Ministerio no inició un trámite sancionatorio, pues lo único que hizo mediante la actuación administrativa que culmina con el presente acto fue determinar los efectos de una manifestación de voluntad de uno de los participantes del evento de subasta, que se enmarca dentro de las reglas contenidas en la Resolución 3078 de 2019.

Es importante señalar que, como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, el cobro de garantías no tiene naturaleza sancionatoria en el ordenamiento jurídico colombiano, sino simplemente un carácter indemnizatorio y una naturaleza económica¹², que justifica que no sea procedente la utilización del procedimiento sancionatorio de la Ley 1437 de 2011. Como consecuencia de ello, los principios invocados en el recurso de reposición no resultan aplicables, lo cual hace que deba rechazarse el argumento presentado.

2.5.6. La Resolución recurrida infringe principios constitucionales de buena fe

Sustentó **PARTNERS** en su escrito que la Resolución 322 de 2020 no desvirtuó la presunción de inocencia de la que es titular, razón por la cual no era posible imputarle la comisión de conductas consideradas como infracciones e imponer las sanciones procedentes.

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de noviembre de 2016, expediente 29.368: el cobro de la garantía "no es una potestad sancionatoria e incluso no se trata de un poder exorbitante".

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Consideraciones del Ministerio

Como quedó establecido en el acto administrativo 210 de 2020, el objeto de la presente actuación administrativa era tomar una decisión de fondo sobre las consecuencias de la comunicación remitida por **PARTNERS** con radicado 201000090 del 2 de enero de 2020, por medio de la cual retiró su oferta al bloque de 10 MHz de la banda de 2500 MHz de la segunda secuencia de del evento de subasta llevada a cabo como parte del proceso de selección objetiva para la asignación de permisos de uso del espectro radioeléctrico.

Como quedó demostrado, dicho participante retiró una oferta dentro del procedimiento reglado por la Resolución 3078 de 2019, y en las reglas allí contenidas se estableció la consecuencia para la misma. No se trataba de desvirtuar una presunción de inocencia ni de imponer una sanción, sino de dar aplicación a las reglas del proceso que se adelantó, las cuales fueron conocidas y aceptadas por **PARTNERS**.

2.5.7. El monto de la sanción impuesta constituye un cobro de lo no debido, un enriquecimiento sin justa causa y aprovechamiento en beneficio propio del error ajeno

Manifestó **PARTNERS** que, hacer exigible toda la garantía de seriedad de la oferta, deja sin amparo las demás ofertas realizadas por esta. Ello implica que, en su criterio, resultaría más gravoso renunciar a un solo bloque de forma forzada, que declinar y retirar sin justa causa las demás ofertas, dado que estas ya no tendrían respaldo alguno. Lo descrito supone un enriquecimiento sin justa causa como quiera que, en vez de exigir las sumas por los daños eventualmente causados, el Ministerio optó por exigir la totalidad de la garantía de seriedad de la oferta.

Añadió también que la garantía de seriedad de la oferta no supone una estimación anticipada de perjuicios, ni la renuncia del tomador de la garantía a exigir la demostración y cuantificación particular de los daños causados, ni mucho menos permite que el Ministerio pueda cobrar la totalidad de la garantía. Finalmente agregó, citando el artículo 2313 del Código Civil, que el Ministerio no puede aprovecharse de un error de digitación que ocasionó la manifestación de renuncia forzada a unos de los bloques ofertados.

Consideraciones del Ministerio

Como ya se ha manifestado en varios apartes del presente acto administrativo, el procedimiento administrativo iniciado no tiene la calidad de sancionatorio, pues únicamente se está dando aplicación a las normas que regían el evento de subasta, el cual fue estructurado con la aquiescencia de todos los participantes.

También, como ya se dijo, era posible que el Ministerio hiciera una valoración anticipada de los perjuicios que podría sufrir en caso de configurarse algunos eventos que eran previsibles y que fueron señalados en el proceso de estructuración, para posteriormente quedar numerados en la Resolución 3078 de 2019, sin que ello fuera óbice para reclamar perjuicios adicionales por otra vía, de encontrarse estos acreditados.

Así, el Ministerio hizo una valoración anticipada de los perjuicios que podría sufrir en ciertos eventos, que ascendía a una suma única debido a la cantidad de escenarios que podrían presentarse, esa valoración fue aceptada por los participantes, y en caso de presentarse la materialización de uno de esos eventos, el participante responsable del mismo está en la obligación de resarcir el perjuicio previamente valorado, en los términos del artículo 10¹³ de la Resolución 3078 de 2019. Lo expresado, naturalmente, sin perjuicio de la posibilidad de probar y cobrar perjuicios adicionales ante el juez.

Por los anteriores motivos, los argumentos de **PARTNERS** analizados en este acápite serán desestimados.

¹³ ARTÍCULO 10. GARANTÍA DE SERIEDAD DE OFERTA.

(...) El MINISTERIO hará efectiva la garantía de seriedad de la oferta como indemnización de perjuicios, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de mayores perjuicios causados y no cubiertos por el valor de esta.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

2.5.8. La Resolución es nula por cuanto desconoce la participación del MinTIC

A. Responsabilidad del Administrador

Señaló **PARTNERS** que el Administrador de la subasta cometió errores y omisiones "que dieron origen al mantenimiento del error sin solución" porque no suspendió la ronda con el fin de revisar, confirmar o ratificar la validez de la cifra ofertada de conformidad con lo dispuesto en el Anexo 3, numeral 7.4, literal f) de la Resolución 3079 de 2019. Agregó que dicha omisión también transgredió los artículos 41 y 45 de la Ley 1437 de 2011, en tanto se encontraba en la obligación de corregir oportunamente o permitir que se corrigiera el error que quedó evidenciado en el registro de las 11:41 de la Bitácora de la Salda de Administradores. Por tanto, advirtió que el Administrador es "co-responsable" de la no asignación del bloque, razón por la cual, no puede el Ministerio beneficiarse de sus propios actos u omisiones.

Consideraciones del Ministerio

Para determinar en qué consistió la participación de Jorge Guillermo Barrera Medina y Julián Gómez Pineda como administradores en la subasta, y sus consideraciones al momento de recibir la oferta de **PARTNERS** que originó la presente actuación, se decretaron y practicaron ambos testimonios.

Respecto de sus funciones como administradores, los testigos manifestaron lo siguiente:

Preguntado el testigo Jorge Barrera sobre la preparación para el desempeño del rol de administrador, respondió: "Como administrador estuvimos al tanto de la gestión del software del desarrollo del mismo y del que las reglas que estaban en la Resolución 3078 modificada por la 3121 estuvieran completamente depositadas en dicha herramienta, de tal manera que hicimos numerosas preparaciones, hicimos más de 3 mil simulaciones de la misma subasta para poder garantizar que todas las reglas en el software se cumplieran tal cual como en las resoluciones e hizo parte eso de la preparación como administrador".

Preguntado el mismo testigo sobre su rol de administrador frente a las rondas de secuencia, respondió: "Las reglas del sistema indicaban que cuando se recibían todas ofertas válidas y se completara, ya fuera el tiempo o las ofertas de los oferentes en ese momento lanzaba la siguiente ronda, es decir, verificaba que estuviesen por encima de los valores mínimos y que todos hubiesen ofertado excepto que el tiempo se hubiese completado lo cual también hacía que se lanzara la siguiente ronda".

Frente a la posibilidad de suspensión del evento de subasta al momento de percatarse de la oferta de **PARTNERS**, el testigo Julián Gómez manifestó: "(...) no se consideró suspender la subasta, porque del análisis que se realizó y que yo acabo de relatar [la transcripción de este relato se encuentra en el punto 2.5.3. de la presente resolución] no encontramos que hubiera ningún elemento que ameritara la suspensión de la subasta. Es decir, todos los hechos que teníamos disponibles al momento de tomar la decisión lo que nos indicaban era que suspender la subasta porque había un operador que había hecho una oferta que estaba diez veces por encima del valor de reserva no era una consideración apropiada. Creo que habría sido totalmente contraproducente. Creo que si hubiéramos hecho eso habríamos causado un daño a la subasta. Creo que no estaría justificado, con la información que teníamos, que tomáramos una decisión de esas. Entonces no se consideró".

Adicionalmente, como lo manifestara también ese testigo, "[E]n una subasta no se prevén topes, eso no es digamos una práctica usual, por la sencilla razón de que el objetivo de la subasta es maximizar el valor que va a obtener el Estado y en últimas la sociedad sobre el recurso que se está subastando. Es decir, el tope quién lo da, lo da el mercado. Y mediante qué mecanismo, el de subasta. Y cómo, con base en lo que cada uno de los oferentes considera que es el valor que está dispuesto a pagar por el recurso. Entonces prever topes en una subasta de espectro, ahí sí yo no sé, digamos que eso ya puede ser un tema legal. Pero ¿cómo prevé uno para un recurso del Estado un tope cuando alguien quiere pagar por ese recurso una cierta cantidad? No tendría sentido, hay que dejar que se maximice el valor para el Estado".

Este Ministerio pudo establecer que los administradores de la subasta, Jorge Guillermo Barrera Medina y Julián Gómez Pineda, quienes rindieron testimonio dentro de la presente actuación administrativa, no incurrieron en error u omisión alguna, pues su actuar se ajustó completamente a las reglas que para el efecto se establecieron en la Resolución 3078 de 2019.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

Al respecto, debe señalarse, además, que si se lee con atención lo previsto en la Resolución 3078 de 2019 resulta evidente que en el recurso se demanda de los administradores una actuación que infringe las reglas de la subasta en favor de uno de los participantes. En efecto, la misión del Ministerio es actuar con objetividad e imparcialidad, de tal manera que no podía tener conversaciones privadas o dar instrucciones específicas a alguno de los proponentes, que es lo que se sugiere por parte de **PARTNERS** en su recurso.

Igualmente, es preciso destacar que en la Resolución 3078 de 2019 no se señala que existiera la obligación de suspensión de la ronda para efectos de imponer una verificación a un proponente en particular, pues lo cierto es que lo previsto era que cada proponente presentaba valores individualmente, de acuerdo con sus propias decisiones y en ejercicio de su voluntad libre y espontánea, con lo cual la misión de los administradores era abstenerse de cualquier interacción respecto del contenido de los ofrecimientos.

Por los anteriores motivos, no encuentra el Ministerio que deba reprocharse la actuación de los administradores Barrera ni Gómez, ni que de aquella se desprenda responsabilidad alguna para ellos o para el Ministerio.

2.5.9. La resolución infringe el principio de proporcionalidad

Manifestó **PARTNERS** que el cobro de la garantía debe ser proporcional en la medida que participó en ocho (8) secuencias de la subasta, y de los cuales resultó ganador de cuatro (4). Por tanto, consideró que la participación exitosa en siete (7) postulaciones representa el 87,5 % de las propuestas formuladas, mientras el bloque renunciado solo equivale al 12,5 %.

Consideraciones del Ministerio

Como ya quedó claro en otros apartados de esta Resolución, el monto de la valoración anticipada de los perjuicios era uno solo, de acuerdo con los cálculos realizados por los expertos del Ministerio. Este monto fue aceptado por parte de los participantes en la subasta al momento de presentar la solicitud de asignación de permisos de uso del espectro radioeléctrico el 2 de diciembre de 2019 donde, bajo la gravedad del juramento, manifestaron entender y aceptar las reglas fijadas en la Resolución 3078 de 2019, sin perjuicio de que el Ministerio pueda acudir al juez en caso de evidenciar perjuicios mayores no cubiertos por la garantía.

Por lo anterior, todos los participantes aceptaron que, en caso de configurarse uno de los eventos previstos en la Resolución 3078 de 2019, debe resarcirse el monto del perjuicio valorado de manera anticipada, y sólo en caso de no hacerse dicho resarcimiento se hará efectivo el mecanismo de garantía de seriedad de la oferta.

3. Sobre la solicitud de modificación del plazo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución 322 de 2020

PARTNERS manifestó en comunicación del 29 de abril de 2020 que, en caso de que la decisión fuese confirmada, requería doce (12) días hábiles para realizar las gestiones tendientes a disponer de la suma fijada para su pago a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Al respecto, es de mencionar, que la citada solicitud fue efectuada hace más de doce (12) días hábiles, con ocasión del acto administrativo 720 de 2020, mediante el que este Ministerio admitió los recursos de reposición y ordenó la práctica de pruebas. Por tanto, a la fecha, **PARTNERS** ha contado con tiempo suficiente para disponer las acciones tendientes a efectuar el pago respectivo.

De conformidad con lo expuesto, este Ministerio confirmará la Resolución 322 de 2020.

En virtud de lo anterior,

RESUELVE

PRIMERO. NO REPONER la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020, y en consecuencia confirmarla en todas sus partes.

SEGUNDO. NEGAR la solicitud de pruebas presentada por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

21 MAY 2020

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y PARTNERS en contra de la Resolución 322 del 20 de febrero de 2020"

TERCERO. NEGAR la tacha por sospecha propuesta al testigo Andrés Felipe Fernández de Castro Muñoz por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

CUARTO. NOTIFICAR la presente Resolución a **PARTNERS**, al **BANCO SANTANDER DE NEGOCIOS COLOMBIA S.A.** y a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** siguiendo las reglas previstas en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, advirtiéndoles que frente a la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE 21 MAY 2020

Karena.

KAREN ABUDINEN ABUCHAIBE

Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Proyectó: Nicolás Almeyda Orozco, asesor del despacho del Viceministro de Conectividad y Digitalización
Juliana Ramírez Echeverry, asesor del despacho del Viceministro de Conectividad y Digitalización

Revisó: Iván Antonio Mantilla Gaviria, Viceministro de Conectividad y Digitalización