Comisión Nacional de Televisión
la televisión que queremos ver

Comisión Nacional de Televisión

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: **20103000002811**
Fecha: **07-01-2010**

Bogotá, 7 de enero de 2010

Doctor
AJEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación
E.S.D.

Señor Procurador:

La Comisión Nacional de Televisión acatará, por la autoridad que ella conlleva, la recomendación contenida en su comunicación 330443/09, recibida en esta entidad hoy 7 de enero de 2010, y en consecuencia procederá a revocar el acto de apertura de la Licitación 001 de 2009. Sin embargo, ella desea dejar en claro, de la manera más respetuosa, que no comparte las premisas en que se fundamenta dicha recomendación pues, a su juicio, no se ajustan a lo acontecido en el proceso de la Licitación 001 de 2009 ni a las normas que lo rigen. Las razones en las que se basa su disentimiento son las siguientes:

1. A juicio de la Comisión no existen aspectos técnicos por resolver. Según algunos de los interesados en el proceso, existen dos temas que no han sido definidos o que no lo han sido suficientemente, que son los atinentes a la asignación de la banda de frecuencias y al acceso a las redes existentes. Empero, la aseveración de esos interesados no es correcta, pues estos dos temas nunca fueron confusos y, en todo caso, ellos fueron materia de pronunciamientos precisos de la Comisión.

En efecto, desde el principio del proceso, la CNTV fue clara al afirmar que el tercer canal debería operar en frecuencias UHF, por cuanto, como es de público conocimiento desde hace muchos años, no existen frecuencias disponibles en VHF. Dicha posición fue reiterada en innumerables oportunidades tanto durante la etapa

de prepliegos en las respuestas a las observaciones, como durante la licitación misma en las respuestas a las solicitudes de aclaración, y en ella nunca existió ambigüedad alguna. Cosa bien diferente es que algunos interesados en el proceso hayan sostenido que la asignación de frecuencias UHF no era conveniente y que preferirían disponer de frecuencias VHF; pero eso, como antes se dijo, es muy distinto a sostener que ha habido falta de claridad o de transparencia.

Lo mismo ha ocurrido en materia de acceso a redes existentes. La Comisión ha sido clara en todo momento, tanto durante la etapa de prepliegos, como durante la licitación misma, en afirmar que era responsabilidad de cada interesado en el Tercer Canal de Televisión determinar la manera como iría a radiodifundir su señal, para lo cual cada uno de ellos podría optar por construir su propia red o por utilizar una de terceros, en las condiciones que cada cual pudiera convenir con sus respectivos propietarios. Esa es, a juicio de la Comisión, la regla más transparente en materia de red, sin perjuicio de que la CNTV pueda considerar la posibilidad de expedir algunas normas en materia de uso compartido de las redes existentes; sin embargo, esto último no es ni puede ser óbice para desconocer el principio antes planteado, en el sentido de que es responsabilidad de cada interesado determinar la manera como ha de radiodifundir, el cual, se repite, ha sido reiterado de manera clara y precisa por la Comisión en varias oportunidades. Cosa bien diferente, al igual que en el caso de las frecuencias, es que los eventuales oferentes prefieran una de las alternativas anteriores por sobre otras.

Dentro de la misma línea, la Comisión considera que el tema de transición de red analógica a digital no es materia del Pliego de Condiciones, sino de regulación administrativa, que como tal no afecta la presentación de ofertas por parte de los proponentes.

2. La Comisión no considera que el precio base de la licitación esté inadecuadamente fijado. El precio se determinó por la Junta Directiva de la Comisión con base en elementos técnicos precisos, teniendo en cuenta lo recomendado por los banqueros de inversión contratados para ese propósito. Además, la Adenda No. 3 recogió prácticamente todas las observaciones de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República en

estas materias, de manera tal que el precio planteado en el Pliego de Condiciones es correcto, claro y preciso.

La Contraloría General de la República ha manifestado que, en su opinión, el precio de la concesión debería ajustarse en función del WACC, posición con la que la CNTV no está de acuerdo, por las razones que se explicarán en detalle en la respuesta que se dará a esa entidad; sin embargo, la Comisión considera importante poner de presente desde ahora que el precio de la concesión fue fijado en su momento por los banqueros de inversión contratados para el efecto teniendo en cuenta el flujo de caja libre del concesionario iniciando operaciones a partir del año 2010, descontado con el WACC, y expresado en precios de 2008, razón por la cual no sería correcto ajustar nuevamente dicho precio en función del WACC sino del IPC, tal como está expresado en la Adenda No. 3. Por ese motivo, la Comisión considera, por una parte, que si se reajusta el precio de la concesión en función del IPC no existiría detrimento patrimonial alguno, ya que se estaría conservando el valor de la concesión en términos constantes y, por la otra, que si dicho precio se reajustara con base en el WACC, se estaría utilizando un criterio inapropiado desde el punto de vista técnico y se estaría cambiando – no actualizando- el precio de la concesión, lo que podría por ende generar otro tipo de riesgos.

Este tema deberá ser materia de discusión detallada con la Contraloría General de la República y con la Procuraduría General de la Nación.

3. No es exacto, a juicio de la Comisión, que no se haya resuelto el tema de cuantificación de riesgos. La CNTV explicó con detenimiento las consideraciones jurídicas que sustentaban su posición en la materia y puso de presente cómo ella se ajustaba a las normas vigentes y coincidía con las actuaciones y con los criterios aplicados por otras entidades estatales en otras licitaciones abiertas a lo largo del año 2009. En ese sentido, respetuosamente solicitamos a la Procuraduría revisar otros procesos importantes, en los que los riesgos se han estimado con base en los mismos parámetros adoptados por la CNTV y en los que lo único que se ha cuantificado es el punto a partir del cual algunos de ellos se trasladan o se comparten. Estamos atentos a sus consideraciones con respecto a nuestro análisis jurídico.

La Comisión justificó también porqué, a su juicio, la posición adoptada por ella, además de ser la correcta desde el punto de vista jurídico, es la más conveniente para el patrimonio público, pues transfiere a los concesionarios la totalidad de los riesgos previsibles, salvo dos que tienen un régimen especial en el Pliego. Dicha determinación se tomó con base en las recomendaciones de los banqueros de inversión y en un análisis juicioso de los antecedentes de más de doce (12) años de ejecución contractual en materia de concesiones de televisión, de los cuales se desprende que las controversias que se han suscitado están relacionadas, casi exclusivamente, con temas comerciales, de mercado, o de consecuencias de regulación. Por ello la Comisión considera que una cuantificación de riesgos como la que han sugerido algunos interesados no solo no es procedente, sino es inconveniente, pues implica la asunción de algunos de ellos – diferentes a los mencionados - que no tendría por qué asumir el Estado.

4. La Comisión no está de acuerdo en que el proceso adelantado vulnere o desconozca de manera alguna las normas de libre concurrencia ni la necesidad de que, en lo posible, exista pluralidad de oferentes. Ella considera importante recordar, por una parte, que éste no se había cerrado y que el hecho de que algunos interesados hubieran manifestado que no iban a participar podría obedecer a estrategias, y no era óbice para que presentaran oferta, máxime si se tiene en cuenta que hasta ayer uno de ellos estaba solicitando algunas precisiones al Pliego.

En ese sentido, la CNTV llama la atención sobre el hecho de que el régimen legal vigente obliga a la Comisión a restringir la participación en la licitación del tercer canal a los inscritos en el RUO que no sean concesionarios de un canal nacional de operación privada, y en el caso que nos ocupa sólo existen tres inscritos en esas condiciones. Así las cosas, mientras no se modifiquen las normas vigentes, solamente podrán participar en la licitación esos tres inscritos, lo que implica que siempre la CNTV – y el país – dependerán de ellos si se quiere que exista un tercer canal. Sin embargo, bien puede ocurrir, y nada podrá evitarlo, que uno o unos de ellos decidan no participar en la licitación del tercer canal porque no les conviene o no pueden ofertar en ese momento (por razones financieras o societarias, verbigracia), o porque no están de acuerdo con algunas de las reglas existentes, lo que nos llevaría a la lamentable conclusión, en el evento de que se considere que

siempre se requiere de pluralidad de oferentes, de que dependemos de su voluntad para que dicho tercer canal pueda existir.

Es cierto que si sólo participa un interesado se corre el riesgo de que no se obtenga el mayor valor que podría resultar de una subasta; sin embargo, no se puede olvidar que el precio de la concesión fue determinado en forma objetiva con base en unos criterios técnicos, que ese precio debe ser pagado aún si sólo se presenta un interesado, y que lo que resultaría de una eventual subasta es el sobreprecio que un interesado pagaría para ser escogido por sobre otro. En esas condiciones, se repite, si a la licitación sólo se presenta un interesado, éste tendría que pagar de todos modos el valor de la concesión, con lo cual no habría detrimento patrimonial alguno. En ese sentido vale la pena recordar cómo en el caso de la licitación de PCS, la que debía ser adjudicada por subasta, sólo se presentó un oferente que al final resultó el adjudicatario, con el aval final de los organismos de control.

La decisión de algunos interesados de no participar en la Licitación 001 de 2009 tiene su origen en su supuesta insatisfacción con las reglas de juego en algunos temas, en lo que no les asiste la razón, puesto que, a juicio de la Comisión, las reglas hoy existentes son claras, convenientes y suficientes. A la CNTV le preocupa mucho el hecho de interpretar las normas en el sentido de que para que proceda la licitación del tercer canal siempre deberá haber un número plural de oferentes, puesto que, a su juicio, tal posición no solo no se ajusta a las normas vigentes en materia de contratación estatal en el sector de televisión, sino además coloca a la Comisión y al país en situación de indefensión, a merced de los interesados, a quienes bastaría exigir la aplicación de reglas irrealizables o inconvenientes, o retirarse, para truncar cualquier proceso de licitación del tercer canal. Ello, a juicio de la Comisión, no es bueno para el país ni para el patrimonio público, pues se corre el riesgo de que, en tales condiciones, no exista ni tercer canal ni ingreso alguno por ese concepto.

La CNTV ha estado abierta desde el comienzo del proceso a escuchar todo tipo de sugerencias de los interesados y a dar cabida, en la medida de lo posible, a todas sus peticiones, precisamente con miras a tratar de que todos ellos participen en la licitación. Sin embargo, la Comisión considera que el hecho de que algunos no lo hagan por no estar de acuerdo con las reglas o por otras razones referentes a su

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: **20103000002811**
Fecha: **07-01-2010**

condición particular, es una situación que escapa a esta entidad, que tiene que velar primordialmente por la defensa del interés público y no por el de aquellos interesados que no están conformes con las condiciones del proceso. La Comisión considera que actuar de manera diferente implicaría renunciar a sus potestades estatales y a permitir que sean intereses diferentes al público los que terminen decidiendo el futuro del tercer canal.

La Comisión Nacional de Televisión ha actuado en todo lo atinente a la Licitación 001 de 2009 con extrema diligencia y con total apego a las disposiciones aplicables. Ella considera que las reglas del proceso han sido claras y suficientes, y que con ellas se protegen en forma íntegra el interés público, los derechos de los interesados y el patrimonio público.

La CNTV agradece de manera sincera el interés que siempre ha demostrado la Procuraduría General de la Nación en estas materias y reitera que acogerá la recomendación que ha hecho, aún estando en desacuerdo con su fundamentación. Luego de una revisión detallada, procederá a abrir nuevamente el proceso para la licitación del tercer canal y de antemano solicita su acompañamiento para el mismo.

Atentamente,

JUAN ANDRÉS CARREÑO CARDONA
Director