



Bogotá, D. C.,

Rad. No. 330443/09
Favor citar este número para cualquier
información.

D. P. No.

Doctor
JUAN ANDRES CARREÑO CARDONA
Director General
COMISION NACIONAL DE TELEVISION
Calle 72 No. 12 – 77
Bogota

Comisión Nacional de
Televisión



No 2010-370-000255-2

ACOMPANIAMIENTO PREVENTIVO

Fecha Radicado: 07/01/2010 11:15:10 - Usuario F

Destino DIR -

Remitente (EMP) PROCURADURIA GENERAL DE

Bogota D.C. CI 72 No 12-77

Sistema de Gestión - OrfeoGpl

Asunto: Acompañamiento Preventivo a la Adjudicación de la Concesión
del Tercer Canal de Televisión – Licitación Pública No. 001 de
2009 – Comisión Nacional de Televisión

Respetado doctor Carreño:

La Procuraduría General de la Nación tiene como misión vigilar el cumplimiento de la Constitución y la ley, promover la protección de los derechos fundamentales, el respeto de los deberes ciudadanos y proteger el patrimonio público, siendo referente de eficiencia, eficacia y valoración ética en el ejercicio de la función pública.

En cumplimiento de estas funciones misionales, con respeto a la independencia y autonomía de la Comisión que usted preside, como única instancia responsable de adoptar decisiones dentro de la convocatoria que nos ocupa, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública ha acompañado el trámite de la licitación de la referencia, efectuando una serie de recomendaciones orientadas a optimizar los resultados perseguidos y a garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales y legales que orientan la gestión administrativa.

En las diferentes comunicaciones cruzadas con la Comisión, la Procuraduría Delegada ha insistido en la necesidad de resolver de forma definitiva, aspectos técnicos y económicos que resultan trascendentales al momento de formular los interesados sus ofrecimientos, no sólo para garantizar la pluralidad de oferentes, sino para asegurar el cumplimiento del principio de selección objetiva del concesionario.

Se expresó también a la Comisión de forma reiterada, la preocupación frente al tema del precio base de la Licitación, coincidiendo en este aspecto, con los pronunciamientos posteriormente realizados por la Contraloría General de la República, que emitió un control de advertencia sobre el particular, ratificándolo en el oficio de fecha 21 de diciembre de 2009.

Pese a las respuestas entregadas por la Comisión Nacional de Televisión frente a las observaciones e inquietudes expresadas por los Organismos de Control y



por los interesados en el proceso, las mismas siguen sin resolver de fondo algunos aspectos¹.

Esto no solo genera incertidumbre en la futura ejecución del contrato, que puede afectar la ecuación financiera del mismo, sino que incide directamente en el panorama de riesgos de la contratación², pues impide la estimación y distribución cuantitativa de algunos de ellos.

Por lo anterior, con fundamento en las facultades legales conferidas en el numeral 37 del artículo 7 y en el numeral 3 del artículo 24 del Decreto 262 de 2000, comedidamente se sugiere revocar el acto de apertura de la Licitación, como quiera que no se garantiza la pluralidad de oferentes y en razón a los reparos insalvables de orden técnico y económico que han sido objeto de observaciones por parte de este organismo y de la Contraloría General de la República en las diferentes etapas de la convocatoria.

La recomendación que se efectúa en el párrafo precedente se sustenta en la necesidad de dar cumplimiento al principio de libre concurrencia, desde la normatividad que rige la actividad contractual del Estado, asegurando de tal manera la maximización de recursos perseguida por las normas especiales aplicables en materia de telecomunicaciones.

Es importante recordar el mandato normativo que soporta este propósito.

El artículo 10 de la Ley 335 de 1996 consagra:

"(...) La Comisión Nacional de Televisión deberá determinar las condiciones, requisitos, mecanismos, y procedimientos que deberán cumplir los aspirantes a ser concesionarios de los espacios de televisión, teniendo en cuenta para ello criterios que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso de los servicios de televisión, el pluralismo informativo y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado (...)"

El artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, que establece los principios orientadores de la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC, en su numeral 2 dispone:

"Libre competencia. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia".

¹ Cuantificación riesgos previsibles de la contratación, frecuencias, transición red analógica a red digital, entre otros.

² Artículos 4 de la Ley 1150 de 2007 y 88 del Decreto 2474 de 2008.



El artículo 72 de la norma antes citada prevé:

“REGLAS PARA LOS PROCESOS DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO CON PLURALIDAD DE INTERESADOS. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:

Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.

En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.

Cuando prime el interés general, la continuidad del servicio, o la ampliación de cobertura, el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa”.

El estudio de las normas transcritas y lo acaecido a la fecha en la Licitación, permite concluir que la Comisión Nacional de Televisión determinó que existía un número plural de interesados en la concesión del tercer canal privado de televisión y que los mismos se encontraban en capacidad de cumplir con las condiciones exigidas para su adjudicación, por lo cual procedió a tramitar una licitación pública, con un determinado criterio económico de selección.

La determinación de este criterio de selección obedeció a las condiciones que ofrecía el mercado, a la hora de la realización del estudio previo, y tuvo en cuenta el número y capacidad de los interesados y posibles oferentes, buscando garantizar el cumplimiento del principio de maximización de recursos, para asegurar la sostenibilidad del sector y el mantenimiento y expansión de la red pública de televisión.

Si variaron las condiciones del mercado analizado, que permitieron la estructuración del pliego de condiciones de la Licitación y la determinación de un mecanismo de selección económica específico, con la aplicación del mismo no se lograrán los objetivos perseguidos con su estipulación.

Por lo anterior, se reitera la necesidad de asegurar la pluralidad de oferentes en el proceso, para mantener el mercado mismo, a través de la definición de todos los aspectos indispensables para la elaboración de propuestas y la aplicación de los criterios de selección definidos por la Comisión, que permitan la maximización de recursos ordenada por la ley.



Como los cambios requeridos, necesarios para garantizar la pluralidad de oferentes y la defensa del patrimonio estatal, implican la modificación sustancial de las condiciones inicialmente establecidas en los estudios previos y en el pliego, la Procuraduría General de la Nación encuentra pertinente, en ejercicio de las funciones preventivas, especialmente de las consagradas en el numeral 37 del artículo 7 y numeral 3 del artículo 24 del Decreto 262 de 2000, recomendar la revocatoria del acto de apertura de la licitación.

La revocatoria del acto de apertura de la licitación, permite a la Comisión Nacional de Televisión reiniciar el proceso de selección atendiendo u observando las deficiencias anotadas en el transcurso del proceso y que determinaron la recomendación impartida por este órgano de control.

No desconoce esta entidad el alcance de lo dispuesto por el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, sin embargo, la norma en mención solamente resultaría aplicable siempre que la entidad contratante haya garantizado la pluralidad de oferentes. Por ende, como en el proceso que nos ocupa no se evidencia esta garantía, no se subsumen los presupuestos de aplicación de la norma aludida frente a la eventualidad de un único proponente.

Al respecto, es menester recordar lo precisado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, bajo la ponencia de William Zambrano Cetina del 5 de octubre de 2009, al responder la Consulta por Usted elevada:

"Para la Sala es importante tener en cuenta que, como se señala en la referida sentencia, el hecho de permitir y no poner barreras de entrada a la participación de actuales concesionarios de espacios y canales locales de televisión, también tiene una finalidad constitucionalmente válida, en la medida que enriquece el proceso contractual, genera competencia y facilita el pluralismo informativo. Y eso tiene una explicación adicional que la Sala ya había dejado esbozada: para acceder a un canal nacional de operación privada las exigencias son tales, por la responsabilidad social que ello implica, que no son muchas las personas con capacidad económica, técnica y operativa para licitar; por tanto, si se excluye a los actuales titulares de concesiones de menor nivel, que en la estructura del sistema estarían interesados en evolucionar y asumir mayores retos en la prestación del servicio de televisión, la competencia podría reducirse incluso hasta el punto de impedir la apertura del proceso contractual por la ausencia de proponentes o por el hecho de que no hubiera más de un interesado. En este último caso, porque como se verá en la segunda parte de la consulta, la ley exige licitación pública y para ello es presupuesto necesario la pluralidad de oferentes.

En esa medida, la solución legislativa refleja, a juicio de la Sala, el énfasis constitucional en la pluralidad, tanto de prestadores del servicio de televisión, como de participantes en los procesos de adjudicación del espacio electromagnético. (subraya fuera del texto)

La adjudicación del tercer canal privado de televisión, en las actuales circunstancias, bajo el entendido de que el precio base de la licitación no es el



adecuado, que existen cuestiones no resueltas en el pliego de condiciones que impiden la formulación de los ofrecimientos, y que no se contará con la pluralidad de oferentes necesaria para que resulte efectivo el mecanismo de calificación económica de las propuestas y se maximicen los recursos de la nación, generaría la lesión del patrimonio público y la vulneración de los principios constitucionales y legales que rigen la función estatal.

Quedo atento a su gestión,


ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO
Procurador General

Proyectó: Dra. María Eugenia Carreño Gómez
Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública