



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

Oficio No. 187

Bogotá D. C., 5 de marzo de 2010

Doctora

MARIA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA

Ministra de Comunicaciones

Ciudad

Referencia: Consulta formulada con 19
de enero de 2010

Radicación No. 1966 (Ampliación)

Respetado doctora:

De la manera más atenta remito a usted copia del concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el expediente de la referencia.

Cabe recordar al respecto que de acuerdo con el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo la reserva legal del mismo es de cuatro años, a menos que el Gobierno Nacional decida antes de ese plazo autorizar su publicación. Caso en el cual ruego a usted se informe tal decisión a esta Presidencia inmediatamente

Con sentimientos de consideración,


ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO
Presidente

Anexo: Lo anunciado.

1. Dany Ramirez
05-03-10
1. 9:45



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

Consejero ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación No. 1966 –SOLICITUD DE AMPLIACION
Expediente: 11001-03-06-000-2009-00049-00
Referencia: Pluralidad de oferentes en adjudicación de tercer canal de televisión.

1. Antecedentes

1.1 El Concepto 1966 de 2009 cuya ampliación se solicita

Mediante Concepto 1966 del 5 de octubre de 2009, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado respondió una consulta del Ministerio de Tecnologías de la Información y de Comunicaciones sobre la inhabilidad de los actuales concesionarios de espacios y de canales locales de televisión para participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión abierta, así como sobre la necesidad de que tal adjudicación se realizara por subasta.

Entre otros aspectos, la Sala hizo hincapié en el énfasis constitucional y legal en la igualdad de oportunidades en el acceso a la utilización del espacio electromagnético, así como en la pluralidad informativa y la competencia. Recordó que la Constitución proscribe la concentración de los medios de comunicación y el monopolio en el uso del espacio electromagnético, de forma que serán más concordantes con la Constitución, aquellas interpretaciones que antes que obstruir o impedir las garantías de acceso, competencia y pluralismo en la explotación del espacio electromagnético, faciliten su concreción; y que será igualmente más plausible constitucionalmente aquél entendimiento que permita la presencia de una mayor número de participantes en los procedimientos de adjudicación del espacio electromagnético, como expresión de competencia y acceso “en igualdad de oportunidades”, así como de los principios de transparencia y objetividad.

Indicó la Sala que el hecho de que el legislador exija *licitación pública* para la escogencia de los canales nacionales de operación privada y prevea el uso de mecanismos que permitan mejorar el precio en procesos de subasta o similares, *hace suponer la presencia de varios oferentes* (p.9 y 46).

Además, al referirse a la posibilidad de participación de los actuales concesionarios de espacios de televisión y de canales locales en el proceso de selección de un tercer canal nacional de televisión abierta, la Sala señaló que la solución legislativa actual prevista en las Leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001, refleja el énfasis constitucional en la pluralidad, tanto de prestadores del



Consulta Radicación No. 1966

servicio de televisión, como de participantes en los procesos de adjudicación del espacio electromagnético (p.33).

Así, indicó que la posibilidad de renuncia al contrato de concesión vigente por parte de quien resulte adjudicatario de un canal nacional de operación privada es una solución legislativa que “antes que impedir, facilita la pluralidad de oferentes para la adjudicación de un tercer canal de televisión privada, el cual gana en transparencia y competencia (...)” (p.44).

Finalmente, al referirse al contenido del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la Sala concluyó que dicha disposición obliga a que se determine previamente al inicio del proceso contractual, si existe pluralidad de interesados en la adjudicación de la correspondiente frecuencia, lo que, “en caso de la televisión, se logra con la exigencia de inscripción previa en el RUO (art.182-a)” (p.50)

1.2 La solicitud de ampliación.

En escrito radicado el 15 de enero de 2010, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones solicita la ampliación del referido Concepto 1966 de 2009, en particular respecto de las referencias hechas por la Sala sobre “la necesidad de contar con un número plural de proponentes para que sea legalmente posible llevar a cabo dicha adjudicación”.

Indica el Ministerio que, como se puso de presente en su momento, en el Registro Único de Proponentes Privados Comerciales (RUO) de la Comisión Nacional de Televisión, se encuentran inscritos tres interesados en la licitación del tercer canal nacional de operación privada.

Señala que el 29 de octubre de 2009 se abrió la respectiva licitación y que antes de vencerse el plazo para presentar ofertas, se recibió la renuncia formal de uno de los inscritos al proceso contractual. Que en el mismo sentido se pronunció otro de los interesados a través de los medios de comunicación. Y que, como consecuencia de lo anterior y de otros aspectos técnicos, la Procuraduría General de la Nación solicitó que se revocará el acto de apertura de la licitación, señalando 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.”

Dice el Ministerio que su entendimiento de lo dicho en el Concepto 1966 de 2009, es que con base en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 debe determinarse previamente a la apertura de la licitación si existe pluralidad de oferentes, con el fin único de establecer si hay lugar o no a que la Comisión Nacional de Televisión estudie la conveniencia de utilizar el mecanismo de subasta; pero que, en su entender, ello no significa que si no existe esa pluralidad de oferentes, no pueda abrirse la respectiva licitación y adjudicarse el contrato al proponente único.

Señala así que el Ministerio también ha entendido que la pluralidad de oferentes se debe examinar antes de iniciar del proceso contractual (lo que se agotó con la inscripción de varios interesados en el RUO) y que no es necesario hacerlo



Consulta Radicación No. 1966

nuevamente cuando se cierra la licitación, “esto es, cuando legalmente haya concluido el término para presentar propuestas”. Que, por tanto, a su juicio, no se mengua o restringe esa pluralidad, cuando estando habilitados varios interesados para participar en el proceso contractual, los mismos deciden por determinación propia no participar en la licitación.

Con base en lo anterior se formulan las siguientes preguntas:

“1. ¿La pluralidad a la que se refiere el concepto, se predica respecto del número de inscritos en el RUO, respecto del número de proponentes, entendiendo por éstos, aquellos que presentan propuesta al término del plazo de la licitación (al cierre de la misma), o respecto del número de proponentes hábiles.”

2. ¿Debe entenderse que, por haber optado la Comisión Nacional de Televisión por la subasta como mecanismo de adjudicación, debe entonces “asegurar la pluralidad de oferentes en el proceso para mantener el mercado del mismo” como lo sugiere la Procuraduría General de la Nación, so pena de no poder adjudicar la concesión siempre que dos de los tres posibles oferentes decidan no presentar propuestas?

3. ¿De acuerdo con la respuesta dada a las anteriores preguntas, y habiéndose revocado el acto de apertura de la licitación, sería posible abrir nuevamente la licitación si los dos inscritos en el RUO que manifestaron su intención de no presentar propuesta, a pesar de la vigencia de dicho registro, no profieren una manifestación formal en contrario?

4. ¿Habría lugar a la aplicación de la previsión normativa prevista del artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, en el evento en que sólo se presente una propuesta en el proceso de licitación que se establece en el Pliego de Condiciones publicado el día 29 de octubre de 2009 y en las Adendas expedidas, en particular las Adendas 2 y 3?

CONSIDERACIONES

1. La exigencia de licitación pública y, por ende, de pluralidad de oferentes para iniciar el proceso de adjudicación de los canales nacionales de operación privada

Como señaló la Sala en el concepto cuya complementación se solicita, el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 exige que la adjudicación de los canales nacionales de televisión abierta se realice por licitación pública, sin que sea posible, por tanto, acudir bajo ninguna circunstancia, a la contratación directa. Dice expresamente dicho artículo:

ARTÍCULO 48. De las concesiones a los operadores zonales. La escogencia de los operadores zonales (léase canales nacionales de operación privada¹), se hará

¹ Se recuerda que de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 335 de 1996, cuando en la Ley 182 de 1995 se utilice la expresión “canales zonales” deberá entenderse que se trata de “Canales Nacionales de Operación Privada”.



Consulta Radicación No. 1966

siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública (...)”
(paréntesis fuera del texto)

En tal sentido, cabe recordar que el concepto de licitación pública está definido de manera expresa en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el cual se establece lo siguiente:

“Art. 30. (...) Parágrafo. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable (...)”

Así entonces, la exigencia de licitación pública presupone una convocatoria pública para que, en igualdad de oportunidades, se presenten ofertas para contratar con el Estado, por todos aquéllos que están en condición de cumplir los requerimientos de la Administración. Ello conlleva, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, publicidad, igualdad de oportunidades, concurrencia y competencia entre los interesados, de lo cual debe surgir la propuesta más favorable para el interés público.

En este sentido, cabe la pregunta de si sería posible abrir una licitación con una sola persona habilitada para participar o en capacidad real de cumplir el objeto contratado, es decir, cuando previamente se conoce que la convocatoria pública no permitiría obtener *varias propuestas* pues sólo habría una persona en capacidad de atender el llamado de la Administración. Al respecto, el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 establece:

“Art. 2. De las modalidades de selección.

4. **Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado”;

Por su parte, el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008 señala en qué eventos se considera que no existe pluralidad de oferentes y procede entonces la contratación directa y no la licitación pública:

“ARTÍCULO 81. *Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes.* Se considera que no existe pluralidad de oferentes:

1. Cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP

2. Cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.” (subrayado fuera del texto)

Cabe decir que la posibilidad de acudir a la contratación directa cuando los estudios previos determinan que definitivamente no existe pluralidad de oferentes,



Consulta Radicación No. 1966

se explica suficientemente porque en tales circunstancias no se justificaría adelantar un proceso de convocatoria pública, que por su ineficacia iría en contra de principios cardinales de la contratación estatal y de la función administrativa, como los de economía, eficiencia y celeridad.

En estos casos en que sólo una persona estaría en posibilidad de cumplir el objeto contractual, la contratación directa facilita, sin abandonar en todo caso los principios de publicidad y transparencia, que la Administración pueda negociar los términos del contrato con el oferente único, con el fin de obtener, por esa vía, la mejor propuesta posible para el interés general. Si se usara la licitación pública, además de la ineficacia de un llamado público a contratar, la Administración perdería esos espacios de negociación y quedaría atada a los términos de la oferta del único participante, quien al saber por anticipado que no tendrá oponentes, ajustará su propuesta a los mínimos requeridos por la entidad en el pliego de condiciones, desvirtuándose así los fines de la licitación.

Por tanto, en este punto no le asiste razón a la entidad consultante cuando señala para el caso concreto que si en esa verificación previa del RUO se estableciera que solamente existe un único inscrito, ello no sería obstáculo para abrir la respectiva licitación pública, pues es claro que en tal evento el uso de este procedimiento contractual, que se sustenta en la posibilidad de concurrencia real de varios interesados, sería puramente formal y no atendería a una voluntad real de recibir varias propuestas.

Ahora, como en el caso de la adjudicación de los canales nacionales de televisión es inadmisibles, se repite, acudir a la *contratación* directa habida cuenta de la exigencia legal de licitación pública, la Sala considera que si sólo existiera una persona inscrita en el RUO, no se podría iniciar el respectivo proceso contractual y la Comisión Nacional de Televisión estaría obligada a hacer nuevas convocatorias o llamados para lograr un número plural de inscritos con los cuales abrir una licitación pública, en la que la libre competencia en igualdad de oportunidades permita la adjudicación del tercer canal de televisión en las mejores condiciones posibles para el interés general.

Establecido entonces, que para abrir el proceso contractual de adjudicación de canales nacionales de operación abierta debe existir pluralidad de oferentes, pasa la Sala a revisar si la misma debe mantenerse hasta el cierre de la licitación, como condición necesaria para adjudicar el contrato.

2. Necesidad de que la pluralidad de oferentes se mantenga durante el proceso contractual.

2.1 La regla de selección objetiva y de adjudicación a la oferta más favorable

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere al principio de selección objetiva en los siguientes términos:



Consulta Radicación No. 1966

"Art.5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca (...)". (se subraya)

Se establecen entonces dos requisitos generales aplicables a toda contratación estatal, sea que se acuda o no a la subasta, o bien se cuente o no con pluralidad de oferentes:

a) Que se cumplan *los fines* que persigue la entidad: los cuales deberán ser concreción, en cada caso concreto, de los fines de la contratación estatal definidos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993:

Art. 3. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

También deberán estar reflejados los fines de *cada legislación en particular*, como para el caso de la televisión lo serán la calidad y beneficio para el interés general de los contenidos ofrecidos (Ley 182 de 1995), por una parte, y la maximización de recursos derivados de la asignación del espacio electromagnético (Ley 1341 de 2009), por otra, en un contexto de democratización del espacio electromagnético y la pluralidad de información (art. 75 C.P), que como se verá mas adelante, exige necesariamente pluralidad de oferentes al cierre de la licitación, como mecanismo de obtención de la propuesta más favorable.

b) Que la adjudicación se haga a la "oferta más favorable", definida ésta en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 así:

"2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos." (se subraya)

En ese mismo sentido, el artículo 12 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 establece:

"ARTÍCULO 12. Ofrecimiento más favorable a la entidad. El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera: (...)

3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones;

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá:



Consulta Radicación No. 1966

- I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
- II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.” (se subraya)

En resumen, sin perjuicio de las demás condiciones que se advierten enseguida, la adjudicación de los contratos estatales, está sujeta a *que se cumplan los fines de la contratación* (tanto los generales como los particulares de cada caso) y a la aplicación de los criterios técnicos y los factores económicos de escogencia definidos en el pliego de condiciones, todo ello en orden a establecer la existencia real de la que pueda ser considerada como *la oferta más favorable para la entidad*.

2.2 La posibilidad de adjudicación con oferente único y sus condiciones

2.2.1 El principio de concurrencia en la contratación estatal

La exigencia de licitación pública por el legislador como regla general de adjudicación de los contratos estatales vincula los procedimientos de contratación en general, y los de asignación del espacio electromagnético en particular, con los mandatos constitucionales de igualdad de oportunidades, libre competencia y pluralismo y con los principios contractuales de publicidad, libre acceso y *concurrencia*.

Específicamente, en relación con este último principio la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

*“El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”.*² (se subraya)

El principio de concurrencia impone así a la Administración cargas y actos de garantía en relación con la elaboración de pliegos de condiciones que permitan el acceso y participación efectiva de todos los posibles interesados y favorezcan la competencia entre los participantes, así como la presentación del mayor número de ofertas posibles³. Por tanto, proscribire la discriminación en el acceso al proceso

² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 30 de enero de 2003, Exp. 23508. Reiterado en sentencia del 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Igualmente, Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 2001: “(...) El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.”

³ FIORINI, Bartolomé. Derecho Administrativo, Tomo I, Abeledo Perrot, p.635. FIORINI señala que la concurrencia es requisito de vital importancia en la contratación pública porque permite “elegir”; en la medida que el principio de concurrencia tiende a la obtención del mayor número de ofertas posibles que puedan competir entre sí, la Administración tendrá la posibilidad de analizarlas, cotejarlas y escoger la mejor.



Consulta Radicación No. 1966

de selección y todas aquellas exigencias que impidan la participación de los interesados en condiciones de igualdad y claridad. Se busca entonces que la Administración pueda beneficiarse, a partir de la oposición entre los interesados, de las ventajas económicas que la libre competencia aporta a la contratación estatal al momento de obtener *la oferta más favorable*⁴.

En este contexto entiende la Sala el llamado de la Procuraduría General de la Nación a que en el nuevo pliego de condiciones se revisen aquéllas situaciones que pudieron originar el retiro de algunos de los proponentes del anterior proceso contractual, de manera que se favorezca, en lo posible, su participación real y efectiva.

2.2.2 La posibilidad de adjudicación con oferente único. Condiciones generales y limitaciones especiales en casos de subasta.

Con la desaparición en la Ley 80 de 1993 de la exigencia de dos propuestas hábiles como condición necesaria para adjudicar el contrato⁵, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido señalando que la presentación de una *sola oferta* no desconoce *per se* el principio de concurrencia de la licitación pública y que, por ende, es suficiente para que la Administración pueda adjudicar el contrato a aquél proponente único que cumple las condiciones objetivas de selección señaladas en el pliego de condiciones; y que, en esa medida, la presentación de una sola propuesta no es razón válida y suficiente para declarar desierta la respectiva licitación⁶:

“Resulta claro, pues, que el legislador de 1993 quiso eliminar el requisito de “la concurrencia obligatoria de propuestas en los procedimientos de selección”, al permitir la presentación de un sólo proponente y que se contrate con él cuando se ajuste a los criterios de selección objetiva y a los requisitos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones, pues el propósito de la ley es hacer excepcional la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. De allí la exigencia de que los pliegos de condiciones definan en forma precisa y clara las reglas del juego que no impidan la selección del contratista y se eviten estipulaciones que puedan entorpecer la escogencia del mismo (...)

La actual ley de contratación pretende que la selección del contratista se realice con objetividad. Para ello la administración debe realizar una evaluación de los diferentes ofrecimientos, lo cual se cumple comparándolos conforme a las reglas y parámetros previamente establecidos en las condiciones de la contratación. Pero ésta que es la regla general, tiene una excepción, y es cuando al llamado público concurre un sólo proponente, caso en el cual no le está permitido a la entidad

⁴ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de diciembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Ver por ejemplo BERCAITZ, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, De Palma, Buenos Aires, 1980, p.323.

⁵ El artículo 31 del Decreto 222 de 1983 señalaba que en los pliegos de condiciones debía señalarse “el número mínimo de participantes hábiles exigido para que la licitación no sea declarada desierta, el cual no podrá ser inferior a dos” (literal i). Por su parte, el artículo 42 indicaba que la licitación se declararía desierta “1. Cuando no se presente el número mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación.”

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2004, M.P. Ricardo Hoyos Duque.



Consulta Radicación No. 1966

contratante invocar este motivo como suficiente para declarar desierto el proceso licitatorio.”⁷

Es así que en Sentencia del 3 de diciembre de 2007, la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró que el principio de concurrencia no obliga a que se presente más de una propuesta como condición necesaria para la adjudicación del contrato:

“Empero, si bien este principio tiene como fin la participación en los procesos de contratación del Estado del mayor número de oferentes, para que la Administración cuente con una amplia y variada gama de propuestas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones ofrezca, no se menoscaba si luego de haberse cumplido estrictamente con el procedimiento de selección no se llega a contar con una pluralidad de propuestas, pues, tal y como lo afirmó la jurisprudencia, en vigencia de la Ley 80 de 1993 bien puede contratarse con el único proponente que se presente al respectivo proceso, siempre que su oferta se ajuste a los criterios de selección objetiva y a los requisitos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones.”⁸

Esta línea jurisprudencial viene a quedar expresamente recogida en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, el cual establece:

ARTÍCULO 90. Adjudicación con oferta única. Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de subasta inversa, la entidad podrá adjudicar el contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta, y esta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el pliego de condiciones. (se subraya)

Como se observa, la posibilidad de adjudicar al proponente único tiene varias condiciones:

⁷ La misma Sentencia concluyó que la Ley 80 de 1993 restringió la declaratoria de desierto de la licitación a que existan “motivos o causas que impidan la escogencia objetiva”, no siendo posible invocar tales motivos en los casos en que se recibe una sola oferta: “Para la sala es claro que el numeral 18 del art. 25 de la ley 80 de 1993, pretende poner término a la declaración de desierto de la licitación por falta de concurrencia de oferentes. Una interpretación sistemática de esa norma con las demás de la ley que se refieren a la selección objetiva del contratista, permiten concluir que la presentación de una sola oferta no es suficiente para que se proceda a la declaratoria de desierto de la licitación. En este caso puede la administración adjudicar el contrato al oferente único, siempre y cuando su propuesta cumpla con todos los requisitos del pliego de condiciones y se ajuste a sus exigencias, ya que la objetividad no la determina, por sí sola, la pluralidad de ofertas.”

⁸ En el mismo sentido, se ha pronunciado la doctrina nacional: por ejemplo, ESCOBAR Gil, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Edt. Legis, 1999, p.154-156; igualmente DAVILA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Legis, Bogotá, 2001, p.294: “Con el entendimiento que tenemos del deber de selección objetiva, el cual, se recuerda, no es sinónimo de pluralidad de ofertas sino de escogencia de una buena oferta, no es necesario para la adjudicación que se presenten más de dos ofertas sino basta con que exista una.” La misma posición se puede ver en autores extranjeros como FIORINI que señala: “Basta que la Administración prepare todas las condiciones necesarias para permitir la concurrencia; la circunstancia de que se presente una sola oferta no afecta la validez del procedimiento ni impide la adjudicación” (Op.cit, p. 635). En el mismo sentido BERCAITZ, Op.cit., p. 323.



Consulta Radicación No. 1966

- a) El proponente debe reunir los requisitos habilitantes exigidos;
- b) La oferta debe satisfacer los requerimientos del pliego de condiciones, tanto formal como materialmente;
- c) Se deben respetar en todo caso las normas sobre *subasta inversa*.

Con relación a este último requisito, cuya revisión es de utilidad por tratarse también el caso analizado de una subasta (aunque ascendente), es especialmente importante el artículo 22 del mismo Decreto 2474 de 2008, que regula lo relativo a la pluralidad de oferentes en los casos de subasta inversa:

ARTÍCULO 22. VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS HABILITANTES. Para que una subasta pueda llevarse a cabo en los términos de este decreto deberán resultar habilitados para presentar lances de precios por lo menos dos (2) proponentes.

El resultado de la verificación de los requisitos habilitantes se publicará de conformidad con lo señalado en el artículo 8 del presente decreto. En dicho informe se señalarán los proponentes que no se consideran habilitados y a los cuales se les concederá un plazo para que subsanen la ausencia de requisitos o la falta de documentos habilitantes, so pena del rechazo definitivo de sus propuestas.

Luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, si a ello hubiere lugar, las entidades procederán a llevar a cabo la subasta dentro de los plazos fijados en los pliegos de condiciones.

Si sólo un oferente resultare habilitado para participar en la subasta, la entidad ampliará el plazo para la presentación de los documentos habilitantes y la oferta inicial de precio, por el término indicado en los pliegos de condiciones, el cual en ningún caso podrá ser mayor de la mitad del inicialmente previsto.

Si vencido ese plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones.

PARÁGRAFO. Durante la prórroga a que hace referencia el tercer inciso del presente artículo, cualquier interesado podrá presentar oferta, incluyendo aquellos proponentes que fueron considerados no hábiles para participar en la subasta, en los términos señalados en el presente artículo.

Respecto de este artículo, la Sala observa lo siguiente:

- Como regla general exige que existan dos proponentes hábiles para realizar la subasta (inciso 1);
- Si no existe dicha pluralidad, permite ampliar los plazos para sanear requisitos habilitantes con el fin de conseguir varios oferentes que participen en la subasta (inciso 4);
- Agotado lo anterior, permite incluso rehabilitar participantes ya eliminados con el fin último de lograr un número plural de proponentes que concurren a la puja (parágrafo);



Consulta Radicación No. 1966

- Consagra como posibilidad última la de adjudicar al único oferente “siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones” (inciso 5), es decir que ello no afecte patrimonialmente a la entidad.

Así las cosas, la expresión “sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de subasta inversa” del artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 significa que si bien en los casos de subasta inversa también es posible adjudicar un contrato a un oferente único, tal posibilidad constituye una opción última y residual, que sólo es viable, por la naturaleza y fines de ese mecanismo de adjudicación (maximizar los beneficios para el Estado a partir de la competencia entre varios oferentes), cuando luego de varios llamados a participar y de buscar por diversas vías la habilitación de otros proponentes, se tiene certeza que sólo una persona, *que cumple los requisitos habilitantes y satisface las necesidades de la entidad*, tiene interés en ofrecer al Estado los bienes y servicios que éste requiere. Y en todo caso, como se dijo, siempre que ello no impida cumplir los fines que persigue la entidad, obtener un precio que se adecúe a lo presupuestado y obtener la oferta más favorable.

Se observa así que la posibilidad de adjudicación con oferente único, nacida en el contexto de los tradicionales mecanismos de adjudicación del contrato, en los que operan ciertas reglas de de automaticidad⁹ o adjudicación compulsoria¹⁰, no puede aplicarse con la misma lógica e intensidad en aquéllos casos en los que, como en la subasta, se busca que la oferta definitiva surta de un proceso de *conformación dinámica y gradual* a partir de la competencia real y efectiva entre distintos *oferentes habilitados*, que disputan, optimizando, las condiciones mínimas fijadas por la entidad estatal.¹¹

De esta forma, cuando por su estructura y fines, el proceso contractual requiere esa pluralidad de oferentes, las posibilidades de adjudicación con oferente único se reducen y estarán condicionadas a la satisfacción de las exigencias del pliego,

⁹ “Se ha señalado como carácter preponderante de la licitación su automaticidad, en el sentido que la Administración está automáticamente obligada a concertar el contrato con quien ofrece el mejor precio o el precio más conveniente o más bajo, con lo cual la discrecionalidad del órgano administrativo para elegir el contratante queda anulada, o por lo menos notablemente reducida” (Bercaitz, op.cit, p.323.)

¹⁰ “La regla de la adjudicación compulsoria obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable. Sin embargo, la favorabilidad de un ofrecimiento podrá determinarse no sólo con la comparación y cotejo con otras. Ante la excepcionalidad de la declaratoria de desierto de la licitación prevista por la ley, que establece el ordinal 18 del art. 25, puede resultar favorable para la administración el ofrecimiento único, que a pesar de no compararse con otros, se ajuste a los criterios legales de selección objetiva, a los “precios y condiciones del mercado y a los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello”. (Sentencia del 24 de junio de 2004, M.P. Ricardo Hoyos Duque).

¹¹ Como sucede en algunos de los nuevos mecanismos de escogencia del contratista que trae de manera general la Ley 1150 de 2007 y, de forma particular para la asignación de frecuencias, la Ley 1341 de 2009, que se basan en sistemas de conformación dinámica mediante las subastas inversa y ascendente.



Consulta Radicación No. 1966

a las necesidades de la Administración, y, lógicamente, a los fines que la ley haya previsto para cada procedimiento contractual en particular.

2.3. La pluralidad en el proceso de adjudicación del tercer canal nacional de televisión privada.

Como ya se mencionó y se explicó suficientemente en el concepto cuya ampliación se solicita, el proceso de selección y adjudicación de los canales de televisión nacional abierta debe responder en cualquier caso, tanto a los criterios de escogencia señalados en la Ley 182 de 1995 (literales b, l y n del artículo 48 referentes a la calidad de las propuestas y de los contenidos ofrecidos), como a los fines de maximización de los recursos del Estado establecidos de manera general para todas las concesiones de explotación del espacio electromagnético, según lo dispuso el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

De otro lado, debe recordarse que el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 establece que sólo podrán participar en la respectiva licitación de canales nacionales de televisión abiertas, las personas que se hayan inscrito previamente en el Registro Único de Operadores del Servicio de Televisión de la Comisión Nacional de Televisión:

“ARTÍCULO 48 (...) “a) Sólo podrán participar en la licitación respectiva y celebrar contratos, las personas que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas con anterioridad a la apertura de la licitación en el registro único de operadores del servicio de televisión, que estará a cargo de la Comisión Nacional de Televisión y cuya reglamentación corresponderá a la Junta Directiva de ésta.

En dicho registro se evaluarán fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía. La calificación y clasificación de los inscritos tendrán una vigencia de dos (2) años. Esta vigencia es lo que se exigirá para participar en la licitación.

Esta vigencia sólo se exigirá para participar en la licitación o la celebración del contrato o licencia respectiva. Los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio; (...)”¹²

Por tanto, dicho registro le permite conocer de antemano a la Comisión Nacional de Televisión, si existe o no pluralidad de interesados en participar en la adjudicación de los canales nacionales de operación privada, lo cual se complementa con la obligación que en ese sentido está prevista en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, que señala:

“Artículo 72. *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

¹² Concordante con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, que establece que en tratándose de cualquier tipo de concesiones no se requiere el Registro Único de Proponentes y que en tal caso cada entidad cumplirá con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.



Consulta Radicación No. 1966

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." (se subraya)

Como se mencionó, este artículo hace énfasis en la necesidad de que en los procesos de adjudicación del espacio electromagnético con pluralidad de oferentes, se maximice la obtención de recursos públicos, para lo cual se deben utilizar *mecanismos* que permitan cumplir ese fin.

Si bien esta exigencia podría considerarse implícita en la contratación pública, es claro que la Ley 1341 de 2009 hace un énfasis especial en la búsqueda de un mayor beneficio económico para el Estado cuando el supuesto de pluralidad se haya verificado antes de iniciar el respectivo proceso contractual.

Por tanto, a los requisitos generales de toda contratación pública anteriormente mencionados, deberá adicionarse este elemento finalista, el cual a su vez ha de armonizarse con los demás criterios de selección previstos originalmente en la Ley 182 de 1995 en materia de televisión, siendo uno y otros determinantes para orientar el respectivo proceso contractual y las reglas de adjudicación que se adopten, tal como se ha reiterado.

Precisamente, en el caso consultado, el proceso contractual, tanto en su concepción inicial, como con la adopción posterior del mecanismo de subasta para el desempate entre oferentes, está cimentado en la fijación por parte de la CNTV de un precio base para participar¹³, a la espera siempre de que los interesados compitan sobre ese valor con ofertas que lo superen en una o varias posturas, de manera que la adjudicación se logre, **en cualquier caso**, por un *precio mayor* al estimado inicialmente en el pliego de condiciones, lo que, como pasa a verse, requiere pluralidad de oferentes.

Así, según se observa en los documentos allegados a la consulta¹⁴, los participantes presentan una primera propuesta económica (Oferta Económica para Competir y ser Elegido¹⁵), que debe ser por el precio base de la licitación, más un

¹³ Adenda No. 2 del proceso contractual que terminó anticipadamente, se define: "**Precio de la Concesión:** Precio Fijado por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión en la resolución de Adjudicación de la Licitación, correspondiente al Precio Base de la Concesión, más la suma de dinero ofrecida por el Adjudicatario en su Oferta Económica de Mejoramiento Número Uno o Número Dos, según sea el caso."

¹⁴ Pliego de Condiciones y Adendas No.1, 2 y 3.

¹⁵ "**Oferta Económica para Competir y ser Elegido:** Oferta económica adicional al Precio Base de la Concesión, que el Proponente se compromete a pagar en el evento de resultar Adjudicatario y que podrá ser mejorada en Audiencia de Subasta Presencia y Adjudicación por los dos (2) proponentes habilitados que hayan obtenido los puntajes más altos como resultado de la



Consulta Radicación No. 1966

valor adicional que debe surgir, en esta primera etapa, de la expectativa de cada uno de los interesados en ofrecer un precio superior al de sus competidores, con el cual se pueda ganar directamente la licitación. Luego de ese primer ofrecimiento que, se repite, debe ser superior al precio base, los dos mayores puntajes pasarían a una ronda posterior de dos pujas sucesivas¹⁶, en las que se deberá superar el mayor precio ofrecido hasta ese momento, con lo cual se busca maximizar aún más el precio base inicial fijado por la Comisión Nacional de Televisión.

Pero, si sólo existe un oferente y éste de antemano sabe que no habrá competencia (porque es el único inscrito en el RUO o porque los demás interesados se retiran del proceso contractual antes de vencerse el plazo para presentar ofertas), es claro que aquél no tendría ningún interés en hacer un ofrecimiento por encima del precio base o a lo sumo por ese valor más uno ($x+1$), lo cual le bastaría para cumplir, formalmente, con la exigencia del pliego de condiciones de presentar una *Oferta Económica para Competir y Ser Elegido* que sea superior al precio inicial propuesto por la CNTV; no obstante, es claro que en ese escenario se desvanecerían los propósitos del respectivo proceso contractual y se estaría renunciando por anticipado a una oferta real y efectiva por encima del precio base que se ha fijado.

Como señala el Ministerio Público, en el contexto de la estructura contractual que se ha escogido por la CNTV, la presentación de una sola oferta haría inoperante el mecanismo de calificación económica de las propuestas y truncaría el propósito de maximización de recursos del Estado, lo que haría imposible entender cumplidos, tanto los fines del contrato (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007) como las condiciones necesarias para hacer una adjudicación con proponente único (artículo 90 del Decreto 2474 de 2008), especialmente en lo relativo a que se satisfagan materialmente las exigencias del pliego de condiciones.

Advierte la Sala que en este caso no se está frente a un bien cualquiera del Estado, sino ante un recurso escaso cuya adjudicación debe satisfacer las diferentes exigencias legales antes mencionadas. Diferente podría ser el caso de venta de bienes que tienen un precio comercial estándar y cuyas expectativas de mejora por parte del Estado son bajas e inciertas (un vehículo, bienes improductivos, cartera de difícil recaudo, etc.); en estos casos, la presentación de una oferta única hecha en un proceso de convocatoria pública y luego de

verificación y evaluación de sus Ofertas de Mejoramiento del Plan Básico de Programación y de sus Ofertas Económicas para Competir y Ser Elegido." (se subraya)

¹⁶ **"Oferta Económica de Mejoramiento Número Uno:** Primer lance realizado por los dos (2) Proponentes Habilitados que hayan obtenido los puntajes más altos como resultado de la verificación y evaluación de sus Ofertas de Mejoramiento del Plan Básico de Programación y de sus Ofertas Económicas para Competir y Ser Elegido. En este lance se deberá ofrecer una suma de dinero superior a la más alta ofrecida por cualquiera de los Proponentes en la Oferta Para Competir y Ser Elegido (...). **Oferta Económica de Mejoramiento Número Dos:** Segundo lance realizado por los dos (2) Proponentes Habilitados que hayan obtenido los puntajes más altos como resultado de la verificación y evaluación de sus Ofertas de Mejoramiento del Plan Básico de Programación y de sus Ofertas Económicas para Competir y Ser Elegido. En este lance se deberá ofrecer una suma de dinero superior a la más alta ofrecida por cualquiera de los Proponentes en la Oferta Económica de Mejoramiento Número Uno (...)." (negrilla y mayúsculas originales).



Consulta Radicación No. 1966

agotadas todas las opciones para lograr pluralidad, podría considerarse como la “mejor propuesta” para la Administración, aún si no se obtienen mejoras significativas en el precio.

Además, en la medida en que el proceso contractual del tercer canal también está estructurado para que los aspectos técnicos y de programación (no sólo los económicos) se mejoren por los proponentes a partir de la expectativa de competencia entre ellos¹⁷, el hecho de hacer una licitación con un oferente único al que le bastaría conformarse con los requerimientos mínimos del pliego, afectaría también la calidad de la propuesta que se espera, que, como señaló la Sala, debe ser igualmente tenida en cuenta por la CNTV por mandato de la Ley 182 de 1995.

Por tanto, la Sala considera que en las condiciones expuestas no se darían los supuestos previstos en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 para adjudicar una licitación con oferente único, en tanto que los fines que se persiguen no se lograrían con la participación de una sola persona, sino con la de varios interesados que compitan de manera real y efectiva en el mejoramiento de las condiciones técnicas y económicas del pliego de condiciones.

En conclusión, la Sala considera que con independencia del mecanismo de adjudicación que se adopte por la CNTV, las normas y fines que regulan la adjudicación de los canales nacionales de televisión abierta (Ley 182 de 1995 y Ley 1341 de 2009) determinan necesariamente que, además de la pluralidad de inscritos en el RUO, se presenten por lo menos dos propuestas al cierre de la licitación, de manera que la competencia entre los respectivos proponentes se refleje forzosamente en sus ofertas y, por ende, en la calidad y precio de sus ofrecimientos.

3. Sobre la vigencia del Registro Único de Oferentes (RUO).

Como se señaló anteriormente, la Ley 182 de 1995 establece que la inscripción en el Registro Único de Oferentes de la Comisión Nacional de Televisión tendrá una vigencia de dos (2) años y que “esta vigencia es lo que se exigirá para participar en la licitación”. (art.182)

De otra parte, la Sala observa que *la revocatoria* del acto de apertura de la licitación pública 001 de 2009 para la adjudicación del tercer canal de televisión¹⁸, tal como fue motivada, no hizo mención alguna a la renuncia de algunos de los proponentes a dicho proceso contractual, sino que se basó en las observaciones de los organismos de control, lo que determina que la misma no tendría ningún efecto sobre las actuales inscripciones en el RUO.

¹⁷ Además de la propuesta económica, cada participante deberá presentar una “Oferta de Mejoramiento del Plan Básico de Programación.” Este ítem se calificará de acuerdo con el número de horas de programas culturales, educativos, infantiles, etc. que se ofrezcan por encima de unos estándares básicos fijados por la CNTV.

¹⁸ Resolución sin número del 7 de enero de 2010, publicada en la página electrónica de la Comisión Nacional de Televisión, que también fue adjuntada por la entidad consultante.



Consulta Radicación No. 1966

Así mismo, no se tiene noticia de que el registro en el RUO de los tres proponentes haya sido anulado o revocado por acto posterior, ni que sus titulares hubieren renunciado a él, lo cual no se podría deducir tampoco por el sólo hecho del retiro del anterior *proceso de contratación*, especialmente si éste se produce antes de presentarse la oferta, que es el momento a partir del cual la propuesta se vuelve irrevocable y genera inhabilidad si el adjudicatario no suscribe el contrato¹⁹.

En consecuencia si la actual inscripción en el RUO se encuentra dentro del periodo de vigencia, no existiría ningún impedimento para acudir a él, en los términos de la Ley 182 de 1995.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala responde:

"1. ¿La pluralidad a la que se refiere el concepto, se predica respecto del número de inscritos en el RUO, respecto del número de proponentes, entendiendo por éstos, aquellos que presentan propuesta al término del plazo de la licitación (al cierre de la misma), o respecto del número de proponentes hábiles."

Respuesta. En el caso particular consultado, la pluralidad se predica tanto del número de inscritos en el RUO, como de las ofertas presentadas al término del cierre de la licitación.

2. ¿Debe entenderse que, por haber optado la Comisión Nacional de Televisión por la subasta como mecanismo de adjudicación, debe entonces "asegurar la pluralidad de oferentes en el proceso para mantener el mercado del mismo" como lo sugiere la Procuraduría General de la Nación, so pena de no poder adjudicar la concesión siempre que dos de los tres posibles oferentes decidan no presentar propuestas?

Respuesta. Sí, en el contexto del mecanismo de adjudicación adoptado por Comisión Nacional de Televisión para la selección del tercer canal de televisión, debe asegurarse la pluralidad de oferentes en el respectivo proceso contractual en los términos de la respuesta anterior, con el fin de que la mejor propuesta surja de la competencia entre los participantes de la licitación.

3. ¿De acuerdo con la respuesta dada a las anteriores preguntas, y habiéndose revocado el acto de apertura de la licitación, sería posible abrir nuevamente la licitación si los dos inscritos en el RUO que manifestaron su intención de no presentar propuesta, a pesar de la vigencia de dicho registro, no profieren una manifestación formal en contrario?

Respuesta. En la medida que la actual inscripción en el RUO se encuentre dentro del periodo de vigencia, no se haya anulado o suspendido y sus titulares no hubieren solicitado su retiro o cancelación, no existiría ningún impedimento para acudir a ese registro, en los términos de la Ley 182 de 1995.

4. ¿Habría lugar a la aplicación de la previsión normativa prevista del artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, en el evento en que sólo se presente una propuesta en el

¹⁹ Concepto 1732 de abril 20 de 2006, M.P. Fernando Álvarez Jaramillo. Igualmente Concepto 1723 de 2006, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

**Consulta Radicación No. 1966**

proceso de licitación que se establece en el Pliego de Condiciones publicado el día 29 de octubre de 2009 y en las Adendas expedidas, en particular las Adendas 2 y 3?

Respuesta. No, en el caso consultado no se darían los requisitos previstos en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 para hacer una adjudicación con proponente único.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERSOMO
Presidente de la Sala
Con impedimento aceptado

GUSTAVO APONTE SANTOS
Magistrado

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Magistrado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Magistrado

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala